

## CAPÍTULO CUARTO

### CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

El propósito del presente capítulo será analizar el control judicial que las omisiones legislativas han tenido en México, así como las propuestas de solución que ha intentado ofrecer la doctrina constitucional para combatir la problemática que representan. Ello nos permitirá exponer diversas consideraciones en torno a las omisiones legislativas en materia fiscal, así como la viabilidad de fincar, en su caso, la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa.

#### I. ACTIVIDAD JUDICIAL *VS.* INACTIVIDAD LEGISLATIVA. SUPERACIÓN DEL LEGISLADOR NEGATIVO KELSENIANO

Un significativo sector de la literatura referente a las omisiones legislativas manifiesta que, generalmente, los detractores de la figura identifican al principio de división de poderes como el cardinal inconveniente que impide a los jueces ejercer un control jurisdiccional sobre la inactividad del legislador,<sup>285</sup> debido a que,

<sup>285</sup> Andrés Parra, Diego, *op. cit.*, nota 189, p. 75; y Rojas Manrique, *op. cit.*, nota 10, pp. 107 y ss. No obstante, el principio de división de poderes no es el único argumento que se formula en contra del control constitucional de las omisiones legislativas, también se mencionan las dificultades de implementación, los condicionamientos socio económicos, la vulneración del principio de legalidad y de reserva legal, el carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional, la discrecionalidad del legislador, la inexistencia de previsión expresa en el ordenamiento jurídico de la inconstitucionalidad por omisión, la plena exigibilidad de las normas programáticas aún cuando no exista la ley

a diferencia de éste, los jueces carecen de legitimación democrática para declarar la nulidad de las disposiciones legislativas o para integrar el contenido lagunoso de las mismas. En este sentido argumentan que la ley es infiscalizable pues representa un acto de soberanía y, en su carácter de representación de la voluntad general, no puede causar injusticia, pues ella decide lo que es justo; agregando que el parlamento es quien fija sus propios límites de actuación sin sujeción a otras reglas, pues el Poder Legislativo es por antonomasia omnipotente, irresistible e irrepreensible, por lo que juez no tiene legitimación democrática directa en detrimento del legislador.

En síntesis, argumentan que la pretensión de controlar la inactividad del legislador ocasionaría un resquebrajamiento del sistema funcional de división de poderes en un sentido aristocrático y antidemocrático que se avecinaría como una especie de cataclismo para la justicia constitucional y el Estado de derecho, pues significaría la usurpación de las funciones del Poder Legislativo a cargo del Poder Judicial, lo que convertiría al Tribunal Constitucional en un “ogro constitucional filantrópico”.<sup>286</sup>

Arguyendo estas opiniones, actualmente son más los juristas que reconocen que la que interpretación que realiza el órgano jurisdiccional, como garante de la Constitución, ha provocado cambios en el principio de división de poderes y una superación del modelo kelseniano de “legislador negativo”,<sup>287</sup> que ha hecho instituir a

que las desarrolle, etcétera Para una breve reflexión sobre estos planteamientos: Andrés Parra, Diego, *Ibidem*, pp. 74-80.

<sup>286</sup> Ruiz Miguel, Carlos, “Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 2, julio-diciembre, 2004, p. 175. Del mismo autor: “L’incostituzionalità per omisione”, *Quaderni costituzionali, Rivista Italiana di Diritto Costituzionale*, Italia, anno XXXIII, num. 4, dicembre, 2003, p. 810.

<sup>287</sup> Entre ellos: Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el Siglo XXI”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. I, p. 3; Ahumada Ruiz, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 86, p. 169; Casal H., Jesús M., *op.*

los jueces en verdaderos paralegisladores positivos al resquebrajarse la concepción montesquiana que avistaba al juez como boca de la ley, como mero “juez automático” que se limitaba a realizar una aplicación mecánica de ley. Esta corriente ideológica moderna se pronuncia en favor de la función creadora y dinámica del derecho al momento de interpretar las normas, lo cual permite concretizar los principios generales de las constituciones, visualizadas como instrumentos vivos de gobierno (living constitution). Bajo este contexto, los jueces se convierten en intérpretes judiciales de la Constitución para decidir, con base en el derecho, lo que es o no derecho; haciendo una reconstitución de la realidad social; situación que de ninguna manera deteriora el principio de división de poderes, pues más bien éste ha evolucionado “hacia el de separación, equilibrio y colaboración de funciones”.<sup>288</sup> De allí que, partiendo de la premi-

*cit.*, nota 27, pp. 45-49; Fix-Zamudio, Héctor, “La legitimación democrática del juez constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. I, pp. 160 y ss; Risso Ferrand, Martín J., *op. cit.*, nota 62, pp. 34 y 35; Pardo Rebolledo, Jorge Mario, “Retos y perspectivas del juez constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (coords.), *El juez constitucional en el Siglo XXI*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, t. I, p. 508; Bazán, Víctor, “La sustentabilidad del control de constitucionalidad sobre las omisiones contrarias a la ley fundamental”, *Iuris Tantum. Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año XXIII, núm. 19, 2008, pp. 309 y 310; Leal Wilhem, Salvador, “Inconstitucionalidad por omisión”, *op. cit.*, nota 10, pp. 54-60, etcétera.

<sup>288</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, México, UNAM, Porrúa, IMDPC, 2009, p. 25. Esta concepción moderna de la división de poderes es seguida por distintos tribunales constitucionales, entre ellos el de Colombia, que desde hace ya varios años expresó que: “La doctrina de la separación de poderes ha variado sustancialmente... Aquello que en un principio tenía como punto esencial la separación de los órganos, cada uno de ellos depositario de funciones bien delimitadas, ha pasado a ser, en la democracia constitucional actual, una separación de ámbitos funcionales dotados de un control activo entre ellos... El juez puede convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que éste, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas

sa de que todo acto de poder es objeto de control constitucional, hoy en día se permita que un poder pueda ejercer formas de control (político, constitucional, preventivo, represivo, etcétera) sobre otro. Y aunque, si bien puede argumentarse que los juzgadores carecen de legitimación democrática al no ser electos vía sufragio popular, se debe advertir que la interpretación constitucional permite, en buena medida, la democracia constitucional.

Consecuentemente, de la afirmación de Kelsen sobre que “la Constitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, al prescribir o excluir ciertos contenido... [pues] sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería imposible enlazar una sanción a la falta de leyes de contenido prescrito”,<sup>289</sup> se ha venido a afirmar que “no hay zona de reserva que el Ejecutivo, el Congreso, o la administración puedan invocar para eximirse de hacer lo que la Constitución manda que hagan”.<sup>290</sup>

## II. EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

A partir de la superación del juez como legislador negativo, los constitucionalistas se han inquietado por estudiar las formas de control judicial de las omisiones legislativas. Uno de ellos, Morón Urbina, enlista las siguientes alternativas de solución a las omisiones legislativas:<sup>291</sup>

del caso. Este contrapeso de poderes, que emergen de la dinámica institucional, es la mejor garantía de la protección efectiva de los derechos de los asociados.” Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992.

<sup>289</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1991, p. 234.

<sup>290</sup> Bidart Campos, Germán José, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Santa Fé de Bogotá, Temis, 1997, p. 3.

<sup>291</sup> Morón Urbina, Juan Carlos, “La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico”, *op. cit.*, nota 29, pp. 452 y 453.

1. Que la función no ejercida sea transferida de pleno derecho a otro organismo.
2. Que el órgano de control integre el orden normativo laguno resolviendo el caso con efecto limitado al mismo (Decisión estimatoria aditiva concreta).
3. Que el órgano de control dicte directamente y con efecto general la norma omitida (Decisión estimatoria aditiva impersonal).
4. Que el órgano de control intime al órgano remiso a dictar la reglamentación en un plazo que se fije (Decisión estimatoria exhortativa).

En este sentido, a partir del análisis de diversas sentencias de los tribunales constitucionales Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor coinciden en que “cuando la omisión se atribuye al mismo legislador, la sentencia constitucional solicita a los legisladores cumplan con la obligación fundamental, pero no se le puede imponer de manera imperativa; en cambio si el incumplimiento de una norma general se debe a la autoridad administrativa se fija un plazo para expedir la norma o normas reglamentarias correspondientes”.<sup>292</sup> Por su parte, las omisiones parciales suelen resolverse mediante fallos aditivos, cuya finalidad es “orientar a los propios legisladores respecto a la forma en que deben enfrentar esa omisión que es preciso superar para lograr su conformidad con la carta fundamental”,<sup>293</sup> razón por la que la doctrina italiana ha calificado a estos fallos como sentencias manipulativas, correctivas, sustitutivas e inclusive legislativas.

Por otro lado, también existe la posibilidad de diferir los efectos de las sentencias en el tiempo,<sup>294</sup> mediante las cuales el órgano

<sup>292</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, op. cit., nota 287, p. 39.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>294</sup> El artículo 45 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución faculta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para determinar la fecha en que producirán efectos sus sentencias. Por su parte, el artículo 41 de la misma ley dispone que las sentencias deberán contener: “[...] IV. Los

de control puede fijar un plazo perentorio para que el legislador corrija o integre la norma declarada inconstitucional. En estos casos el precepto es declarado inconstitucional pero exequible, pues se considera que es menos lesivo para el sistema jurídico mantener una norma inconstitucional durante cierto lapso que contar con un vacío normativo que cause inseguridad jurídica al no dar respuesta a situaciones de urgente resolución. Por estas razones, algún sector de la doctrina designa a este remedio como “omisión legislativa de previsión”,<sup>295</sup> ya que no se corrige integrando la ley, sino ordenando al legislador a proveer la normativa que se ajuste a los parámetros constitucionales, exhortándolo, incluso, a modificar la agenda legislativa prevista.

Esbozadas estas consideraciones, para efectos del presente análisis tomaremos como base la tipología de las sentencias cons-

alcances y efectos de la sentencia, fijando con precisión, en su caso, los órganos obligados a cumplirla, las normas generales o actos respecto de los cuales opere y todos aquellos elementos necesarios para su plena eficacia en el ámbito que corresponda. Cuando la sentencia declare la invalidez de una norma general, sus efectos deberán extenderse a todas aquellas normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada; V. Los puntos resolutivos que decreten el sobreseimiento, o declaren la validez o invalidez de las normas generales o actos impugnados, y en su caso la absolución o condena respectivas, fijando el término para el cumplimiento de las actuaciones que se señalen; VI. En su caso, el término en el que la parte condenada deba realizar una actuación”. Ejemplo de esta situación lo constituye el caso “Horario de verano” derivado de la controversia constitucional 5/2001, promovida por el jefe de Gobierno del Distrito Federal contra el Ejecutivo federal. Véase la tesis P/J. 111/2001 de rubro: “HUSOS HORARIOS. MOMENTO A PARTIR DEL CUAL DEBE SURTIR EFECTOS PARA EL DISTRITO FEDERAL LA SENTENCIA QUE DECLARA LA INVALIDEZ DEL DECRETO DE TREINTA DE ENERO DE DOS MIL UNO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL PRIMERO DE FEBRERO DEL MISMO AÑO, POR EL QUE EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PROVEE SOBRE SU APLICACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIV, septiembre de 2001, p. 1098. Para un profuso análisis de este caso: Flores, Imer B., *Horario de verano. Sólo el Congreso de la Unión puede legislar sobre la aplicación de los husos horarios*, México, 2005, Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 8.

<sup>295</sup> Ramírez Cleves, Gonzalo A., “El control de constitucionalidad sobre las omisiones legislativas en Colombia”, *op. cit.*, nota 75, p. 21.

titucionales con efectos fiscales que realiza Hernández Valle,<sup>296</sup> la cual clasifica del siguiente modo:

1. Sentencias aditivas. Aquellas que integran la legislación omitida al propiciar el despliegue de los efectos de las normas constitucionales, equiparando el beneficio a determinados grupos, lo cual puede implicar altos costes de operación en detrimento del presupuesto.

2. Sentencias de recomendación al legislador. También conocidas como declarativas o estimatorias, se caracterizan por dirigir recomendaciones al legislador sobre cómo reparar la inconstitucionalidad. Debido a su poco éxito, en Italia se han incorporado las denominadas sentencias doppia pronuncia, que consisten en dictar una primera sentencia en la que se otorga un plazo al legislador para enmendar la omisión, de no cumplir oportunamente, se dicta una segunda sentencia en la que se declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

3. Sentencias anulatorias dimensionadas en sus efectos temporales. Son sentencias que anulan la disposición impugnada pero con eficacia prospectiva *ex nunc*, por lo que se tutela la disposición constitucional pero sin efectos retroactivos.

4. Sentencias de inadmisibilidad (o anti-aditivas). Aquellas en las que la Corte reconoce su incompetencia para invadir la función legislativa, indicando que la resolución corresponde al legislador en ejercicio de sus potestades discrecionales. Cumplen una labor cuasi exhortativa en relación con el legislador.

5. Sentencias que combinan la inadmisibilidad con la anulación simple. No cuestionan la exclusión arbitraria de beneficio, sino el beneficio mismo otorgado a otros. Por tanto, tienen un doble efecto: respecto de los recurrentes declaran la inadmisibilidad por considerarse un tema propio de la discrecionalidad legislativa.

<sup>296</sup> Hernández Valle, Rubén, “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC\\_041\\_225.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_041_225.pdf), fecha de consulta 18 de febrero de 2010.

va y respecto de los beneficiarios originales anulan el privilegio violatorio del principio de igualdad.<sup>297</sup>

6. Sentencias que declaran la inconstitucionalidad parcial. Aquellas que anulan la norma impugnada en cuanto beneficia o perjudica exclusivamente a determinadas categorías de sujetos, rompiendo la igualdad ante la ley. Los tribunales tienen entonces dos opciones: extender el beneficio a los excluidos o dejar que sea el legislador quien enmiende la omisión.

7. Sentencias aditivas distributivas. Amparan el derecho prestacional reclamado, pero al mismo tiempo ordenan que el monto originalmente presupuestado para hacer frente al pago de los beneficiarios originales se prorratee entre todos, tanto entre los originales como entre los nuevos, aunque se disminuyan sustancialmente los derechos de aquellos.

Dicho lo precedente, a continuación veremos cómo se han controlado judicialmente las omisiones legislativas en nuestro país.

### III. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA EN MÉXICO

#### 1. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación ante las omisiones legislativas.*

La SCJN no ha abordado el tema de las omisiones legislativas con exhaustividad. En diversas ocasiones se ha limitado a emplear algunas otras expresiones para referirse a ellas, tales como el silencio de la ley, el silencio del legislador y la laguna de la ley.<sup>298</sup> Quizá esto se deba a que en nuestro país el tema aún es

<sup>297</sup> Rubén Hernández Valle expresa que este tipo de sentencias tienen el problema de que pueden perjudicar a personas que, sin haber recurrido a los estrados judiciales, ven lesionados o disminuidos derechos prestacionales adquiridos de buena fe al amparo de una decisión discrecional del legislador. *Ibidem*, p. 243.

<sup>298</sup> Sobre este planteamiento se pronuncian Astudillo, César, *op. cit.*, nota 85, p. 307; y Báez Silva, Carlos, *op. cit.*, nota 23, p. 409. Este último ensayo también

relativamente reciente.<sup>299</sup> Y toda vez que en el ámbito federal se carece de una acción específica contra las omisiones legislativas, —aunque cabe mencionar que está pendiente de discusión parlamentaria una iniciativa de reforma constitucional al artículo 105 que propone establecer la “acción de omisión legislativa absoluta”, y que fue presentada a principios de marzo de 2009<sup>300</sup>—,

se encuentra en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre, 2002, p. 891.

<sup>299</sup> Además de incipientes pronunciamientos durante última década del Siglo XX, la primera gran ocasión en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, y que desaprovechó, fue en la acción de inconstitucionalidad 7/2003, promovida el 27 de enero de 2003 por el Partido de la Revolución Democrática (PRD) en contra de la omisión legislativa del Congreso de Tabasco por no adecuar, en el plazo de 30 días, las normas que en materia electoral exigían ser reformadas conforme a las disposiciones transitorias de la Constitución tabasqueña. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerar que no había contradicción de normas (porque no habían tales), sobreseyó la acción. Para un pormenorizado análisis de este caso: Báez Silva, Carlos, “La omisión legislativa y el problema procesal que genera el planteamiento de su inconstitucionalidad en el ordenamiento federal. Comentarios a partir de la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 7/2003, promovida por el Partido de la Revolución Democrática”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, tercera época, año VIII, núm. 106, abril, 2004. Fue hasta el 10 de Marzo de 2005 cuando la Suprema Corte, al resolver la controversia constitucional 46/2002, escudriñó por primera vez en torno a la inconstitucionalidad por omisión legislativa. El caso versó sobre la inactividad legislativa del Congreso del Estado de Nuevo León para establecer los medios de defensa y procedimientos para dirimir controversias entre la administración pública municipal y los particulares. Verificada la omisión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación prescribió al Congreso de dicha entidad a emitir la normativa necesaria dentro del periodo de sesiones comprendido del 30 de marzo al 30 de junio de 2005.

<sup>300</sup> Iniciativa de la senadora María Serrano Serrano, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, la contiene proyecto de decreto que adiciona la fracción III, y recorre en su orden la actual fracción III para ser IV, del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a fin de establecer la *Acción omisión legislativa absoluta*, México, LXI Legislatura del Senado de la República, consultada en <http://www.senado.gob.mx/gace61.php?ver=gaceta&id=12656&lg=60>, el 24 de mayo de 2010. En la exposición de motivos de esta iniciativa se pone de manifiesto la insuficiencia que el modelo de control constitucional mexicano ha tenido

el Poder Judicial de la Federación, principalmente la SCJN, ha tenido que encauzar su tutela a través de los mecanismos con que cuenta el sistema de control de la constitucionalidad mexicano,<sup>301</sup> particularmente a través de las “garantías constitucionales principales” (el juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional).<sup>302</sup> A continuación analizaremos rápidamente la procedencia de cada uno de estos medios para combatir omisiones legislativas.

frente a las omisiones legislativas absolutas o la inactividad legislativa total, por lo que sugiere adicionar una fracción al artículo 105 de la CPEUM para reconocer la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las acciones de omisión legislativa absoluta que tengan por objeto plantear la inactividad de los órganos legislativos respecto de su ejercicio obligatorio de crear normas en el plazo establecido para ello. De acuerdo con esta iniciativa, la acción podrá ejercitarse dentro de los 30 días naturales siguientes al vencimiento del plazo establecido para expedir o adecuar la legislación correspondiente, por: a) El titular del Poder Ejecutivo Federal; b) La Procuraduría General de la República, a través de su titular; c) Los gobernadores de los estados y el jefe de gobierno del Distrito Federal; d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las cámaras del Congreso de la Unión; e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de las legislaturas estatales o de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; y f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral por conducto de sus dirigencias nacionales, cuando la omisión legislativa absoluta se refiera a la materia electoral.

<sup>301</sup> Esto ha hecho reconocer la falta de competencia expresa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de la inconstitucionalidad por omisión legislativa. *Cfr.* Báez Silva, Carlos y Cienfuegos Salgado, David, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en las decisiones de la Suprema Corte de México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IMDPC, Marcial Pons, 2008, p. 606. Este trabajo también se encuentra en la Revista: *SCLC-Estudios Jurídicos Políticos*, Chiapas, núm. 5, enero-junio, 2007.

<sup>302</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Inconstitucionalidad por omisión. Implicaciones contemporáneas a la luz del caso *Marbury vs. Madison*”, *Revista Jurídica Derecho Procesal Constitucional*, Oaxaca, 2010, p. 13.

### A) *El Juicio de Amparo*

A la luz de lo dispuesto por los artículos 103 y 107 constitucionales, el juicio de garantías es un proceso a disposición de los particulares que tiene como propósito fundamental anular los actos de autoridad, entre ellos, las leyes que sean contrarias a los derechos consagrados por la Constitución.

Por principio, el juicio de garantías es la vía que debiera permitirnos reclamar omisiones legislativas. Sin embargo, la práctica jurisdiccional cerró el paso a esta vía en virtud de la existencia de la tesis que restringe su procedencia.

El Pleno de la SCJN ya se ha pronunciado respecto de la improcedencia del amparo contra leyes cuando se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento legal a una reforma constitucional, ya que hasta el momento las características propias de dicho juicio no permiten dictar ejecutorias con efectos generales, tal como lo menciona la siguiente tesis aislada:

LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO LEGAL A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL. Respecto de la omisión del legislador ordinario de dar cumplimiento al mandato constitucional de expedir determinada ley o de reformar la existente en armonía con las disposiciones fundamentales, es improcedente el juicio de garantías, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con lo establecido en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 76 de la citada legislación ordinaria, en virtud de que, según el principio de relatividad que rige en el juicio de amparo, la sentencia que en éste se dicte será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare, lo que impide que una hipotética concesión de

la protección federal reporte algún beneficio al quejoso, dado que no puede obligarse a la autoridad legislativa a reparar esa omisión, es decir, a legislar, pues esto sería tanto como pretender dar efectos generales a la ejecutoria, ya que la reparación constitucional implicaría la creación de una ley que es una regla de carácter general, abstracta y permanente, la que vincularía no sólo al peticionario de garantías y a las autoridades señaladas como responsables, sino a todos los gobernados y autoridades cuya actuación tuviera relación con la norma creada, lo que es inconcuso resultaría apartado del principio de relatividad enunciado.<sup>303</sup>

Bajo el mismo planteamiento del principio de relatividad de las sentencias como principal inconveniente para hacer frente a una omisión, el Pleno de la Suprema Corte, también mediante tesis aislada, ha sostenido que los conceptos de violación y agravios expresados en el amparo directo en revisión son inoperantes cuando en ellos se impugna la omisión del legislador ordinario de expedir una ley o de armonizar un ordenamiento a una reforma constitucional.<sup>304</sup> Y toda vez que en México el juicio de garantías no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma, una tesis aislada de los Tribunales Colegiados de Circuito ha dicho que el recurso de amparo no es un mecanismo de impugnación directa frente a la omisión o inactividad legislativa en el desarrollo de tratados internacionales.<sup>305</sup>

<sup>303</sup> Tesis: P. CLXVIII/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 180, las negritas son nuestras.

<sup>304</sup> Véase la tesis aislada de rubro: “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN Y AGRAVIOS EXPRESADOS EN EL AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. SON INOPERANTES CUANDO EN ELLOS SE IMPUGNA LA OMISIÓN DEL LEGISLADOR ORDINARIO DE EXPEDIR UNA LEY O DE ARMONIZAR UN ORDENAMIENTO A UNA REFORMA CONSTITUCIONAL”, tesis P. LXXX/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 40.

<sup>305</sup> Véase la tesis aislada del tenor literal siguiente: “AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS IN-

Estos planteamientos de improcedencia han sido corroborados recientemente por la SCJN tras resolver el Amparo en Revisión 229/08, en el que, si bien reconoció la existencia de una omisión legislativa en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado,<sup>306</sup> tajantemente concluyó que la misma no era reparable a través del amparo.<sup>307</sup>

### B) *La acción de inconstitucionalidad*

Introducido por primera vez en nuestro país en 1994, este medio de control de la constitucionalidad puede ser promovido por los grupos parlamentarios de carácter minoritario que alcancen el 33% de los integrantes del órgano de representación que emita la norma (cualquiera de las Cámara del Congreso de la Unión, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y las legislaturas de los estados), los partidos políticos con registro federal o estatal (sólo en caso de leyes electorales) y el procurador general de la República, cuando consideren que una norma es contraria al texto constitucional.

Sin embargo, nuestro máximo tribunal ya ha declarado que la acción de inconstitucionalidad tampoco es procedente cuando

TERNACIONALES”, tesis: II.2o.P.74 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, julio de 2003, p. 1024.

<sup>306</sup> Toda vez que el legislador no previó la normatividad relativa al arrendamiento de vivienda para los trabajadores, ya que la única disposición que regula este aspecto se encuentra en una norma de tránsito (artículo cuadragésimo cuarto), donde se faculta a la junta directiva del instituto a expedir las normas que deberán aplicarse a las viviendas, lo que significa que la modalidad de arrendamiento habitacional, se limita exclusivamente a las que ya están en esa situación. Amparo en Revisión 229/08, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, marzo de 2009, p. 560.

<sup>307</sup> *Idem*. De este asunto derivó la siguiente tesis jurisprudencial: “ISSSTE. LA LEY RELATIVA, AL NO REGULAR EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA PROPIEDAD DEL INSTITUTO, CONSTITUYE UNA OMISIÓN LEGISLATIVA QUE NO ES REPARABLE EN EL JUICIO DE AMPARO (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1O. DE ABRIL DE 2007)”, tesis: P./J. 134/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 43.

se hace valer en contra de omisiones legislativas (absolutas) ya que, a través de este medio, la SCJN realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de nomas, examinando la posible contradicción entre la Constitución y una norma general que haya sido promulgada y publicada en el medio oficial correspondiente y, como evidentemente una omisión legislativa no constituye una norma general y menos aún ha sido promulgada y publicada, resulta improcedente dicha vía constitucional, por ejemplo, contra la omisión de aprobar la iniciativa de reformas a una constitución local,<sup>308</sup> o contra la omisión del congreso local de armonizar las leyes secundarias de la entidad a las disposiciones de un decreto por el que se modificó la constitución estatal.<sup>309</sup> En este sentido encontramos la siguiente tesis aislada:

OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA. Del análisis de la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se advierte que la acción de inconstitucionalidad proceda contra la omisión legislativa de ajustar los ordenamientos legales secundarios a las prescripciones de dicha Constitución, sino que *tal medio de control sólo procede contra normas generales que hayan sido promulgadas y publicadas en el correspondiente medio oficial*, ya que a través de este mecanismo constitucional se realiza un análisis abstracto de la constitucionalidad de la norma, con el único objeto de expulsarla del orden jurídico na-

<sup>308</sup> Véase la tesis jurisprudencial de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA OMISIÓN DE APROBAR LA INICIATIVA DE REFORMAS A UNA CONSTITUCIÓN LOCAL”, tesis: P./J. 16/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XV, marzo de 2002, p. 995.

<sup>309</sup> Véase la tesis jurisprudencial de rubro: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE CONTRA LA OMISIÓN DEL CONGRESO LOCAL DE AJUSTAR LOS ORDENAMIENTOS LEGALES ORGÁNICOS Y SECUNDARIOS DE LA ENTIDAD A LAS DISPOSICIONES DE UN DECRETO POR EL QUE SE MODIFICÓ LA CONSTITUCIÓN ESTATAL”, tesis: P./J. 23/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 781.

cional siempre que la resolución relativa que proponga declarar la invalidez alcance una mayoría de cuando menos ocho votos, esto es, *se trata de una acción de nulidad y no de condena a los cuerpos legislativos del Estado mexicano para producir leyes*.<sup>310</sup>

Al respecto cabe hacer mención que esta tesis aislada derivó del resolutivo noveno de la Sentencia en la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, cuya votación quedó cinco contra cuatro a favor de la improcedencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad contra omisiones legislativas (absolutas), de modo que, al perder carácter obligatorio para el resto de los tribunales, se cree existe la posibilidad de aceptar la procedencia de esta vía en un futuro.<sup>311</sup>

Por lo que respecta a las omisiones relativas, este medio de control sí ha sido procedente para reclamarlas,<sup>312</sup> ya que en estos casos sí existe una norma general, como lo exige el artículo 105, fracción II constitucional, a la que se le puede atribuir una violación a la Constitución<sup>313</sup> por representar una regulación deficiente de la ley, tal como lo pone de manifiesto la siguiente tesis de jurisprudencia:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. I BIEN ES IMPROCEDENTE CONTRA UNA OMISIÓN ABSOLUTA EN LA EXPEDICIÓN DE UNA LEY, NO LO ES CUANDO AQUÉLLA SEA RESULTADO DE UNA DEFI-

<sup>310</sup> Tesis: P. XXXI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 1079. El resaltado es nuestro.

<sup>311</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op.cit.*, nota 287, p. 72.

<sup>312</sup> La procedencia de esta vía en casos de omisión parcial ha sido reiterada en la sentencia más reciente que sobre omisiones legislativas fue dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 20 de enero de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 118/2008, promovida por el PRD en contra del Congreso y del gobernador del estado de Morelos.

<sup>313</sup> Así lo manifestó en su momento el ministro Góngora Pimentel en el “Dictamen sobre inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa al acceso a los medios de comunicación para los pueblos y comunidades indígenas (Considerando décimo séptimo, páginas 525 a 540)”, <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/ministroGongoraPimentel/Ley%20de%20Radio%20y%20Televisi%C3%B3n/Votos%20Particulares%20relevantes/Confirmados/16.pdf>, fecha de consulta 1o. de marzo de 2010.

CIENTE REGULACIÓN DE LAS NORMAS RESPECTIVAS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra la omisión de los Congresos de los estados de expedir una ley, por no constituir una norma general que, por lo mismo, no ha sido promulgada ni publicada, los cuales son presupuestos indispensables para la procedencia de la acción. Sin embargo, tal criterio no aplica cuando se trate de una omisión parcial resultado de una deficiente regulación de las normas respectivas.<sup>314</sup>

Las acciones de inconstitucionalidad 22/2001, 27/2002, 118/2008 y 39/2009 y su acumulada 41/2009, todas ellas en materia de derecho electoral, constituyen importantes precedentes en los que ha procedido este medio de defensa constitucional frente a omisiones parciales.

Aunque el criterio mayoritario se inclina por la procedencia de la acción contra las omisiones, la verdad es que actualmente no existe una determinación cierta y precisa que garantice su viabilidad. De hecho, en el voto de minoría que formularon los ministros José Fernando Franco y Margarita Luna Ramos en alcance a la resolución dictada en la Acción de Inconstitucionalidad 39/2009 y su acumulada 41/2009, resuelta por el Pleno de la SCJN el 19 de enero de 2010 y que declaró la procedencia de la acción de constitucionalidad como vía para hacer valer omisiones legislativas; ambos ministros consideraron que la acción no constituye un mecanismo de control constitucional procedente contra omisiones legislativas (sean absolutas o relativas) pues no es una vía procesal en la que las sentencias

<sup>314</sup> Tesis: P./J. 5/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, noviembre de 2009, p. 701. Cabe mencionar que el texto actual de esta tesis es resultado de las modificaciones a la tesis jurisprudencial núm. 5/2008, aprobada el 14 de enero de 2008, y se publicó nuevamente con las modificaciones al precedente relativas a la votación del criterio contenido en la tesis, aprobadas por los Ministros Mariano Azuela Güitrón y José de Jesús Gudiño Pelayo, en sesión de revisión, aprobación y numeración de tesis, celebrada el 19 de octubre de 2009, para quedar como aquí se establece.

puedan ser de condena; es decir, que ordenen a alguna de las partes (como al legislativo) la realización obligatoria de una determinada conducta (como legislar).<sup>315</sup>

### C) *La controversia constitucional*

En este medio de control de la constitucionalidad, la SCJN conoce uninstancialmente de los procedimientos planteados en forma de juicio que tienen como objetivo: “1) solucionar conflictos que con motivo de la constitucionalidad o legalidad de normas generales o individuales (actos no legislativos), se susciten entre a) distintos órdenes jurídicos; b) órganos de distintos órdenes jurídicos; c) órganos del mismo orden jurídico; 2) o bien, para solucionar los problemas de la ejecución de los decretos emitidos por la Cámara de Senadores que resuelvan diferencias contenciosas sobre límites de los estados”,<sup>316</sup> con la finalidad de preservar el sistema constitucional.

Jurisprudencialmente, la controversia constitucional se ha aceptado, aunque con intermitentes titubeos, como única vía para impugnar omisiones legislativas, tanto absolutas como parciales:

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PROCEDE IMPUGNAR EN ESTA VÍA LAS QUE SE SUSCITEN ENTRE LAS ENTIDADES, PO-

<sup>315</sup> Véase, voto de minoría que formulan el ministro José Fernando Franco González Salas y la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, con relación a la Resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 39/2009 y su acumulada 41/2009, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, [http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/VotosdeMinistros/Documents/1.%20Acciones%20de%20Inconstitucionalidad/1.3%20Votos%20minoritarios/1\\_3\\_2.pdf](http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/VotosdeMinistros/Documents/1.%20Acciones%20de%20Inconstitucionalidad/1.3%20Votos%20minoritarios/1_3_2.pdf), fecha de consulta 23 de diciembre de 2010.

<sup>316</sup> Ávalos Díaz, Sofía Verónica, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/NR/rdonlyres/24FBF42E-9BB8-4C16-B65C-D8D883CCD1F4/0/licSofiaVeronicaAvalosDisz.pdf>, fecha de consulta 7 de mayo de 2009, p. 17.

DERES U ÓRGANOS A QUE SE REFIERE LA LEY REGLAMENTARIA RESPECTIVA, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE SUS ACTOS POSITIVOS, NEGATIVOS Y OMISIONES. De la lectura de los artículos 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 y 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del citado precepto constitucional, se advierte que corresponde conocer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de las controversias constitucionales que se susciten entre las entidades, poderes u órganos que se precisan en la fracción I del artículo 105 constitucional y en el artículo 10 de su ley reglamentaria, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, *sin que hagan distinción alguna sobre la naturaleza de los actos que pueden ser objeto de la acción, por lo que al referirse dichos dispositivos en forma genérica a “actos”, debe entenderse que éstos pueden ser positivos, negativos y omisiones.*<sup>317</sup>

A partir del reconocimiento jurisprudencial de la controversia constitucional como acción procesal para el control constitucional de las omisiones legislativas, y tras resolver varias de ellas (326/2001, 363/200, 46/2002, 80/2004, 4/2005, 14/2005, entre otras), la Suprema Corte paulatinamente ha delineado una doctrina nacional sobre el tema. Pese a ello, no es menos cierto que la Corte se ha mostrado vacilante respecto de la procedencia de la controversia constitucional en diversos casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa, negando en muchas ocasiones su procedencia. En este sentido, asiste la razón a Rangel Hernández cuando expresa que no puede afirmarse categóricamente que la controversia constitucional sea la vía idónea para el análisis de la omisión legislativa (ya sea absoluta o relativa), pues en realidad ha sido un mecanismo medianamente efectivo

<sup>317</sup> Tesis jurisprudencial de rubro: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PROCEDE IMPUGNAR EN ESTA VÍA LAS QUE SE SUSCITEN ENTRE LAS ENTIDADES, PODERES U ÓRGANOS A QUE SE REFIERE LA LEY REGLAMENTARIA RESPECTIVA, SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE SUS ACTOS POSITIVOS, NEGATIVOS Y OMISIONES”, Tesis: P./J. 82/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 568. El realce es nuestro.

en virtud de las limitaciones de estricta técnica jurídica que no permiten que sea completamente aplicable y, por tanto, totalmente eficaz.<sup>318</sup>

A finales de 2005, al resolver la controversia constitucional 14/2005, la SCJN sentó diversos e interesantes criterios respecto del tema. El primero de ellos refiere al sistema competencial del principio de división de poderes:

PRINCIPIO DE DIVISIÓN FUNCIONAL DE PODERES. SUS CARACTERÍSTICAS. El citado principio se desarrolla constitucionalmente mediante la atribución de competencias expresas conferidas a los órganos superiores del Estado; en ese sentido, el principio limita la actuación de las autoridades, lo que significa que todo aquello para lo que no están expresamente facultadas se encuentra prohibido y que sólo pueden realizar los actos que el ordenamiento jurídico prevé y, en particular, sobre las bases que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, *este sistema competencial puede ser de diferentes formas, pues existen: a) prohibiciones expresas que funcionan como excepciones o modalidades de ejercicio de otras competencias concedidas; b) competencias o facultades de ejercicio potestativo, en donde el órgano del Estado puede decidir si ejerce o no la atribución conferida; y, c) competencias o facultades de ejercicio obligatorio, en las que el órgano del Estado al que le fueron constitucionalmente conferidas está obligado a ejercerlas.*<sup>319</sup>

Con base en el anterior, en un segundo criterio nuestro máximo órgano jurisdiccional planteó, por vez primera, una tipología de las omisiones legislativas:

OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS. En atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potesta-

<sup>318</sup> *Op. cit.*, nota 55, pp. 325 y 326.

<sup>319</sup> Tesis: P./J. 9/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1533. municipio de Centro, del estado de Tabasco, 3 de octubre de 2005. El resaltado es añadido.

tivo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades —de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo—, y de omisiones -absolutas y relativas-, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas: a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.<sup>320</sup>

Admitir la procedencia de la controversia frente a las omisiones legislativas no ha sido tarea fácil para la Corte. En un

<sup>320</sup> Tesis: P./J. 11/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527. Controversia constitucional 14/2005, municipio de Centro, del estado de Tabasco, 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza. Destacado nuestro. Por último, basta decir que esta misma clasificación tipológica es reiterada en la sentencia más reciente que sobre omisiones legislativas fue dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 20 de enero de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 118/2008, promovida por el PRD en contra del Congreso y del gobernador del estado de Morelos.

primer momento, a partir de los criterios arriba citados, comenzó a formar una doctrina jurisprudencial a favor de su procedencia. Posteriormente, en una segunda etapa, declaró su improcedencia ante el cúmulo de controversias relativas al acceso a los medios de comunicación para los pueblos y comunidades indígenas. Finalmente, en 2010, al pronunciarse respecto de las omisiones legislativas relativas a la regulación de la carrera judicial y del haber de retiro de los magistrados del Supremo Tribunal del Estado de Jalisco en términos del artículo 61 de la Constitución Política de dicha entidad; el Pleno de la Corte, por unanimidad de 11 votos (con las salvedades de los señores ministros Luna Ramos, Franco González Salas y Aguilar Morales), emitió un nuevo criterio que otra vez abre el camino de la controversia constitucional contra las omisiones legislativas.

## 2. *Notas distintivas de las omisiones legislativas a partir de la doctrina judicial.*

En conclusión, a raíz del examen y control de los actos legislativos de carácter negativo por vía de la controversia constitucional, nuestra Suprema Corte de Justicia ha reconocido que:

A. Conforme a su tipología, existen dos tipos de omisión legislativa: las absolutas y las parciales que, a su vez, pueden recaer sobre competencias o facultades de ejercicio potestativo o de ejercicio obligatorio. Para esquematizar lo anterior, el siguiente cuadro resume estas ideas:<sup>321</sup>

<sup>321</sup> Elaborado a partir de Báez Silva, Carlos y Cienfuegos Salgado, David, *op.cit.*, nota 300, p. 616; y Samaniego Santamaría, Luis Gerardo, “Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*, t. VIII, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IMDPC, Marcial Pons, 2008, p. 676.

<i>Competencia o facultad</i>	<i>No ejercicio</i>	<i>Ejercicio parcial o deficiente</i>	<i>Tipo de omisión</i>
De ejercicio obligatorio	Omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio obligatorio: El legislador tiene una obligación o mandato concreto consistente en expedir una ley determinada y no lo hace	Omisión legislativo relativa en competencias de ejercicio obligatorio: El legislador tiene una obligación o mandato concreto de expedir una ley determinada y lo hace, pero de forma incompleta o deficiente	Omisiones legislativas inconstitucionales
De ejercicio potestativo	Omisión legislativa absoluta en competencias de ejercicio potestativo: El legislador no tiene un mandato concreto de expedir una ley determinada y no la expide	Omisión legislativa relativa en competencias de ejercicio potestativo: El legislador no tiene un mandato concreto de expedir una ley determinada, sin embargo la expide, aunque de manera incompleta o deficiente	Omisiones legislativas que no afectan la Constitución

B. Mientras que las omisiones legislativas parciales pueden atacarse mediante acción abstracta de inconstitucionalidad y controversia constitucional, las omisiones legislativas totales sólo son combatibles a partir de ésta última vía.

C. Cuando se reclaman omisiones legislativas vía controversia constitucional no es obligatorio llamar a juicio a la autoridad que debió llevar a cabo la promulgación de la ley omitida, pues es evidente que a ése acto no se le atribuyen vicios propios.<sup>322</sup>

D. El hecho de que el órgano legislativo no haya observado los términos dispuestos por el texto constitucional no significa

<sup>322</sup> Véase la tesis del tenor literal siguiente: “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. PARA ESTUDIAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL POR ESA VÍA, DEBE LLAMARSE A JUICIO COMO DEMANDADOS TANTO AL ÓRGANO QUE LA EXPIDIÓ COMO AL QUE LA PROMULGÓ, AUNQUE NO SE ATRIBUYAN VICIOS PROPIOS A CADA UNO DE ESTOS ACTOS, SALVO CUANDO SE RECLAME UNA OMISIÓN LEGISLATIVA”, tesis: P. XV/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1534.

que se encuentra liberado de su obligación de emitir la normativa en cuestión.<sup>323</sup>

E. La negación del acto reclamado no arroja la carga de la prueba sobre la actora; pues en razón de que tal negación advierte una afirmación, dicha carga probatoria recae sobre la demandada. Sólo cuando se verifica la inexistencia de la omisión, la actora debe desvirtuar las pruebas ofrecidas para demostrar que la demandada efectivamente incurrió en la conducta omisa imputable.<sup>324</sup>

F. La oportunidad procesal para impugnar una omisión legislativa continúa actualizándose día con día, momento a momento, en tanto la omisión subsista.<sup>325</sup>

### 3. *La acción de inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado local.*

Actualmente son ocho entidades federativas (Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro y Yucatán) las que en sus respectivos textos constitucionales prevén los medios necesarios para intentar un control de la constitucionalidad de los actos por omisión del legislador ordinario local, adicionando mecanismos de protección constitucional para resolver

<sup>323</sup> Controversia constitucional 4/2005, p. 1676, pp. 1673 y ss.

<sup>324</sup> Controversia constitucional 48/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, julio de 2004, p. 827.

<sup>325</sup> "CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. CUANDO SE TRATE DE OMISIONES, LA OPORTUNIDAD PARA SU IMPUGNACIÓN SE ACTUALIZA DÍA A DÍA, MIENTRAS AQUÉLLAS SUBSISTAN. El artículo 21 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece plazo específico para la promoción de la controversia constitucional respecto de omisiones, entendiéndose por éstas las que implican un no hacer del órgano demandado y que por su especial naturaleza crean una situación permanente que no se subsana mientras subsista la omisión, de tal suerte que dicha situación se genera y reitera día a día, lo que produce consecuencias jurídicas que se actualizan de igual forma. Esta peculiaridad lleva a considerar que el plazo para su impugnación se actualiza día a día mientras la omisión subsista.", Tesis: P./J. 43/2003, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, agosto de 2003, p. 1296.

los problemas jurídicos que acarrea y atribuyendo a las sentencias estimatorias efectos generales cuyo contenido varía dependiendo de la entidad de que se trate. Por su parte, otras dos entidades (Guerrero y Tabasco) ya cuentan con proyectos o iniciativas de reforma en esta materia. Por razones de extensión, los expondremos muy brevemente.<sup>326</sup>

### A. Veracruz

A partir de la reforma integral del texto constitucional veracruzano en 2000, se consigna expresamente el proceso de control de la constitucionalidad frente a la omisión del órgano legislativo, confiriendo legitimación para promoverla al gobernador del Estado y a cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos; y reconociendo la competencia del Tribunal Superior de Jus-

<sup>326</sup> Para mayor profusión sobre los modelos locales de justicia constitucional referidos a la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa se recomienda la siguiente literatura: Astudillo, César, *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 85-88, 162-166, 200-206 y 244-252. Del mismo autor: “Las entidades federativas y la acción por omisión legislativa”, México, acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2642/14.pdf>, fecha de consulta 20 de mayo de 2010, y “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, *cit.*, nota 85, pp. 332-368; Martínez Sánchez, León Javier, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, *cit.*, nota 47, pp. 75-95; Samaniego Santamaría, Luis Gerardo, “Análisis de la regulación de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, *cit.*, nota 320, pp. 677-690. Del mismo autor: “Análisis de la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, *cit.*, nota 126, pp. 122-135; Rangel Hernández, Laura M., *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, *cit.*, nota 6, pp. 202-231. De la misma autora los siguientes artículos: “La acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en la Constitución mexicana”, *op.cit.*, nota 19, pp. 210-216; y “El control de las omisiones legislativas en México. Una invitación a la reflexión”, *cit.*, nota 187, pp. 633-636; Báez Silva, Carlos, *La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México*, *cit.*, nota 56, pp. 93-161. De este último autor: “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, *cit.*, nota 32, pp. 772-788; entre otros.

ticia para sustanciar el procedimiento, quien otorgará un plazo de dos periodos de sesiones para expedir la ley o decreto omitido. Si transcurrido dicho plazo no se emite la normativa, el propio Tribunal dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto.<sup>327</sup>

## B. *Tlaxcala*

El artículo 81 de la Constitución tlaxcalteca dispone que el Pleno del Tribunal Superior conocerá de “las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, gobernador y ayuntamientos o Consejos Municipales,<sup>328</sup> por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que están obligados en términos de las constituciones políticas, de los Estados

<sup>327</sup> La acción por omisión legislativa está reconocida en la fracción III del artículo 64 de la Constitución veracruzana. Por su parte, el artículo 65 prevé que el Pleno conocerá, entre otras cuestiones, de: “Las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”. Asimismo, el artículo 3o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Veracruz reitera que en materia constitucional, la Sala Constitucional conocerá y resolverá, según el caso, de las acciones de inconstitucionalidad y de la acción por omisión legislativa. Por último, el artículo 38 dispone que corresponderá al Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocer y resolver de las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución Política de la entidad.

<sup>328</sup> Como se puede advertir, la omisión legislativa en el estado de Tlaxcala amplía su campo de procedencia a los actos omisos no sólo del Poder Legislativo, sino también del Gobernador, situación que refleja los excesos del Poder Ejecutivo local y defiende la postura extensa de la institución (*omisión lato sensu*).

Unidos Mexicanos, del Estado y de las Leyes”. Asimismo, dispone que corresponde a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado, el ejercicio de esta acción.<sup>329</sup> Admitida la demanda se ordena “traslado a la autoridad omisa responsable y al director del *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* para que rindan sus respectivos informes”. Después se celebra una audiencia de prueba y alegatos y se dicta la resolución correspondiente. En caso de verificarse la omisión legislativa, se otorgará un término no mayor de tres meses a la autoridad omisa para que expida la norma en cuestión, advirtiéndole que “el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad”, facultando al Pleno para proceder a la destitución de autoridades.

### C. Chiapas

A partir de la reforma publicada el 16 de mayo de 2007 en el Periódico Oficial del Estado, el artículo 56, fracción III de la Constitución chiapaneca,<sup>330</sup> faculta al Tribunal Constitucional

<sup>329</sup> Para Rangel Hernández la sustentación de la figura en este estado genera curiosidad pues no es común que se configure como acción popular, *op.cit.*, nota 19, p. 212.

<sup>330</sup> Artículo 56, tercer párrafo: “Para el cumplimiento de las atribuciones del control constitucional local señaladas en las fracciones I y II del artículo 51 de esta Constitución, el Tribunal Constitucional, conocerá y resolverá, en los términos que establezca la ley, con excepción en la materia electoral, de los medios de control constitucional siguientes: III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El gobernador del estado; b) Cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso; c) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos; d) Cuando menos el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral. La resolución que emita el Tribunal Constitucional que decrete la existencia de omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Estado*; en dicha resolución se determinará como plazo un periodo ordinario de sesiones del Congreso del estado, para que éste resuelva la omisión correspondiente. Tratándose de legislación que deba

para conocer de la acción por omisión legislativa. Se encuentran legitimados para incoar esta acción el gobernador del estado, cuando menos la tercera parte de los miembros del Congreso o de los ayuntamientos y el cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral.

Si la sentencia del Tribunal decreta la existencia de una omisión legislativa, ésta surtirá efectos a partir de su publicación en el periódico oficial del Estado, estableciendo un periodo ordinario de sesiones del Congreso, para que éste resuelva sobre la ley o decreto que omitió expedir.

Si el Congreso no cumpliera en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional puede hacerlo provisionalmente y dicha legislación estará vigente hasta en tanto el Congreso subsane la omisión legislativa.

#### D. *Quintana Roo*

El artículo 105, fracción III de la Constitución quintanarroense<sup>331</sup> dispone que el Tribunal Superior de Justicia tendrá

de aprobarse por el Congreso, por mandato de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de la Constitución del Estado de Chiapas, si el Congreso no lo hiciere en el plazo fijado, el Tribunal Constitucional lo hará provisionalmente en su lugar y dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa”.

<sup>331</sup> Artículo 105. Para el cumplimiento de las atribuciones señaladas en la fracción VIII del artículo 103 de esta Constitución, el Tribunal Superior de Justicia contará con una Sala Constitucional y Administrativa, integrada por un magistrado numerario, que tendrá competencia para substanciar y formular, en los términos de la Ley respectiva, los correspondientes proyectos de resolución definitiva que se someterán al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en los siguientes medios de control:

III. De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El gobernador del estado o, b) Un ayuntamiento del estado. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia que decreta el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, a más tardar en el periodo ordinario que curse o el in-

una sala constitucional y administrativa que se integrará por un solo magistrado, quien conocerá de la acción por omisión legislativa cuando el Congreso no haya expedido alguna ley o decreto, afectando con ello el cumplimiento del texto constitucional. En este caso, los legitimados para promover la acción son el gobernador y algún ayuntamiento de la entidad.

Una vez constatada la omisión legislativa, se ordena que la ley o decreto en cuestión sea expedido en el periodo ordinario de sesiones en curso del Congreso, o bien, en el siguiente; pero si las circunstancias especiales del caso lo ameritan, dicho plazo puede ser disminuido en atención al interés público.

### E. Coahuila

El artículo 158, fracción II, numeral 3, inciso f de la Constitución Coahuilense,<sup>332</sup> contempla la acción de inconstitucionalidad local contra la omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria,<sup>333</sup> sobre la cual debe resolver el Tribunal Superior de Justicia. Lo curioso es que en esta entidad, a pesar de estar prohibido a nivel federal,<sup>334</sup> las omisiones se resuel-

mediato siguiente del Congreso del estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite.

<sup>332</sup> Artículo 158. [...] El Pleno del Tribunal Superior de Justicia, en su carácter de Tribunal Constitucional Local conocerá, en los términos que establezca la ley, de los medios de control siguientes: [...] II. De las acciones de inconstitucionalidad local que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma o acuerdo de carácter general y esta Constitución, las que deberán resolverse con base en lo establecido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [...] 3. Procederán contra: [...] f) La omisión normativa consistente en la falta de regulación legislativa o reglamentaria.

<sup>333</sup> Al igual que Tlaxcala, Coahuila acepta que la omisión también puede provenir del Poder Ejecutivo. El artículo 71, fracción V, de la Ley de Justicia Local para el estado de Coahuila de Zaragoza establece qué debe entenderse por inconstitucionalidad por omisión: “cuando la Constitución del estado resulta incumplida por falta de las disposiciones de carácter general necesarias para hacer aplicables sus preceptos”.

<sup>334</sup> Véase: *Supra*, nota 169.

ven bajo un control difuso de constitucionalidad,<sup>335</sup> de modo que cualquier juez tiene facultad para desaplicar normas contrarias a la Constitución. Verificada la existencia de una omisión, el Pleno ordenará a la autoridad omisa a dictar, en un plazo razonable, “las disposiciones legislativas necesarias que permitan se aplique el precepto de la Constitución falto de reglamentación, pero en todo caso expedirá los principios, bases y reglas normativas a regular conforme a su fallo”.<sup>336</sup>

#### E. Guerrero<sup>337</sup>

El artículo 51.1., fracción VII, inciso c) del Proyecto de Reforma Integral a la Constitución del Estado de Guerrero<sup>338</sup> señala

<sup>335</sup> Artículo 65 de la Ley de Justicia Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza. “De oficio o de parte, todo juez podrá declarar de oficio o a petición de parte, la desaplicación de una norma o acto que estime contrario a la Constitución Local. En su resolución, deberán expresar con claridad la norma o acto cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se considere infringido y la medida en que la decisión de la causa dependa de la aplicación de dicha norma o acto, con las justificaciones precisas a este respecto. Las partes de un juicio podrán oponer como excepción la inconstitucionalidad de la norma o acto, para que el juez declare su inaplicabilidad en el caso concreto. En el ejercicio de este control difuso, los jueces también podrán analizar la inconstitucionalidad por omisión cuando la falta de norma requiera ser colmada o resuelta para garantizar la tutela judicial efectiva”.

<sup>336</sup> Artículo 88 de la Ley de Justicia Local para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

<sup>337</sup> Para una mejor referencia sobre la inconstitucionalidad por omisión legislativa y, en general, sobre la justicia constitucional en el estado de Guerrero se recomienda: Cienfuegos Salgado, David, “Una propuesta para la justicia constitucional local en México”, *Revista IIDPC*, México, [http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/129\\_147.pdf](http://www.iidpc.org/revistas/4/pdf/129_147.pdf), fecha de consulta 31 de marzo de 2010, pp. 131 y 132.

<sup>338</sup> Artículo 51.1., fracción VII, inciso c). “Conocerá de las acciones por omisión legislativa o reglamentaria cuando se considere que el Congreso o cualquier órgano del poder público estatal o municipal, con facultades para legislar o reglamentar, no ha aprobado alguna ley, decreto o reglamento, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución. Cualquier ciudadano servidor público podrá interponer esta acción. En la resolución que se dicte se determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias

que la Corte Constitucional conocerá de las acciones por omisión legislativa o reglamentaria, cuando se considere que el Congreso o cualquier órgano del poder público estatal o municipal, con facultades para legislar o reglamentar, no ha aprobado alguna ley, decreto o reglamento, y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución. Asimismo, dispone que cualquier ciudadano o servidor público podrá interponer la acción y que la resolución dictada determinará un plazo que comprenda dos periodos de sesiones ordinarias del Congreso del estado, para que éste expida la ley o decreto de que trate la omisión, y, en el caso de cualquier otro órgano del poder público o de los municipios, el plazo para dictar la norma respectiva será de tres meses. Dicha resolución surtirá sus efectos a partir de su publicación en el periódico oficial de la entidad y si transcurrido el plazo no se atendiera la resolución, la Corte Constitucional dictará las bases a que deberán sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley, decreto o reglamento, y se procederá a la revocación del mandato de la legislatura o autoridad omisa.

#### G. Tabasco<sup>339</sup>

El 12 de febrero de 2007, el diputado José Antonio Pablo de la Vega Asmitia (PAN) presentó al Congreso del Estado una iniciativa proponiendo la creación de una Sala Constitucional del Estado de Tabasco, que como organismo constitucional autónomo e independiente del Poder Judicial esté encargado de defender los derechos fundamentales. Posteriormente, el 26 de febrero de ése año se presentó otra iniciativa por la que se crea la “Ley de Control y Defen-

del Congreso del estado, para que éste expida la ley o decreto de que trate la omisión; en el caso de cualquier otro órgano del poder público o de los municipios, el plazo para dictar la norma respectiva será de tres meses. Dicha resolución surtirá efectos a partir de su publicación en el periódico oficial. Si transcurrido el plazo no se atendiera la resolución, la Corte Constitucional dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades en tanto se expide dicha ley, decreto o reglamento, y se procederá a la revocación del mandato de la legislatura o autoridad omisa”.

<sup>339</sup> Consultado en Rangel Hernández, *op.cit.*, nota 6, pp. 228-230.

sa de la Constitución Política del Estado de Tabasco”, la cual otorga competencia a esta Sala Constitucional para conocer, entre otras cuestiones, de las acciones por omisión legislativa, estableciendo en su artículo 67 que el juicio de acción por omisión legislativa procede “cuando se considere que el Congreso del Estado no ha resuelto sobre la expedición de alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de la Constitución”, agregando que “se entenderá que afecta el debido cumplimiento del texto fundamental, cuando por el propio mandato constitucional el Congreso del Estado esté obligado a expedir alguna ley o decreto y éste no lo haga; o que expidiendo la ley o decreto lo haga de forma deficiente que no regule adecuadamente el precepto constitucional”.

Por su parte, el artículo 78 de la iniciativa dispone que: “La resolución que emita el Pleno de la Sala Constitucional, que decrete la existencia de la omisión legislativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo para que se expida la ley o decreto de que se trate la omisión, que será a más tardar en el periodo ordinario que curse o el inmediato siguiente el Congreso del Estado; pudiendo disminuir este plazo cuando el interés público lo amerite”.

### H. Nayarit

Con fecha 15 de diciembre de 2009 se publicó en el *Periódico Oficial del Estado* el decreto mediante el cual se reformó la Constitución nayarita en lo que respecta al capítulo único del título noveno denominado “De la supremacía, inviolabilidad y reformas de esta Constitución”,<sup>340</sup> cuyo artículo 91, fracción III,<sup>341</sup> faculta

<sup>340</sup> Véase: “Decreto. El Congreso del estado libre y soberano de Nayarit representado por su XXIX Legislatura, decreta reformar diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Nayarit”, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nayarit, [http://www.tsjnay.gob.mx/transparencia/documentos/decreto\\_ref\\_constit.pdf](http://www.tsjnay.gob.mx/transparencia/documentos/decreto_ref_constit.pdf), fecha de consulta: 25 de mayo de 2010.

<sup>341</sup> Artículo 91. “En el Tribunal Superior de Justicia funcionará una Sala Constitucional-Electoral integrada por cinco magistrados designados por el Ple-

a la Sala Constitucional-Electoral del Tribunal Superior de Justicia para conocer de las acciones de inconstitucionalidad por omisión, en contra de cualquier autoridad, a quien la Constitución o una ley ordena expedir una norma de carácter general y no la haya hecho; legitimando a cualquier autoridad o vecino del estado para el ejercicio de esta acción. Finalmente, dispone que la resolución que declare fundada la acción de inconstitucionalidad por omisión, deberá ser aprobada cuando menos por tres votos y fijar el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, el cual no podrá exceder de un año.

De esta regulación resaltan dos cuestiones, primero, al igual que las constituciones de Tlaxcala, Coahuila, Yucatán y el proyecto de reforma constitucional de Guerrero, en Nayarit la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa puede incoarse en contra del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, cuando deban emitir algún reglamento o norma de carácter general y no lo hagan. En segundo lugar, al configurarse como acción popular, cualquier ciudadano puede interponer una demanda por tal motivo.

no. El presidente del Tribunal Superior de Justicia será a su vez el presidente de la Sala Constitucional-Electoral. La Sala Constitucional-Electoral, conocerá en los términos que señale la ley reglamentaria de los asuntos siguientes: [...] III. De las acciones de inconstitucionalidad por omisión, en contra de cualquier autoridad, a quien la Constitución o una ley ordena expedir una norma de carácter general y dicha omisión produce violaciones a esta Constitución. El ejercicio de esta acción corresponderá a cualquier autoridad o vecino del Estado. La resolución que declare fundada la acción de inconstitucionalidad por omisión, deberá ser aprobada cuando menos por tres votos y fijar el plazo para que la autoridad omisa expida la norma, el cual no podrá exceder de un año”. El artículo cuarto transitorio de este decreto constitucional concede al Congreso local un plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor del mismo para expedir la ley reglamentaria del artículo 91, sin embargo esto aún no ha tenido verificativo, pese a que la Ley Orgánica del Poder Judicial para el Estado de Nayarit ya fue publicada en el *Periódico Oficial del Estado*, el día 20 de Marzo de 2010, dando cumplimiento al artículo tercero transitorio de este decreto que concedió al Congreso local un plazo de tres meses contados a partir de la entrada en vigor del mismo para la expedición de dicha ley orgánica.

## I. *Querétaro*

Como antecedente, debe mencionarse que la carta quere-tana sufrió una profunda reforma que culminó con la publicación del nuevo texto constitucional el 31 de marzo de 2008, cuyo actual artículo 29, fracción IV,<sup>342</sup> faculta al Pleno del Tribunal Superior de Justicia para declarar sobre los casos de omisión en la expedición de leyes. Las bases y la sustentación de este medio de control se regulan por la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro, que dentro del título segundo “Medios de control constitucional local”, dedica el capítulo tercero a la denominada “acción por omisión constitucional”, de la que vale la pena mencionar los siguientes aspectos:

1. La acción puede ser ejercida por: I) el gobernador del estado; II) los ayuntamientos o consejos municipales; III) los organismos autónomos, por conducto de quien los represente legalmente; y IV) los partidos políticos nacionales y estatales con registro debidamente acreditado (artículo 86).

2. Para su procedencia, el accionante debe acreditar que la omisión legislativa impide el ejercicio de un derecho o atribución otorgado por la Constitución de Querétaro (artículo 86, párrafo segundo).

3. Salvo disposición en contrario, son aplicables a la acción por omisión, las reglas de la acción de inconstitucionalidad (artículo 87).

4. La acción puede plantearse en cualquier momento, mientras la omisión subsista (artículo 88).

5. En caso de decretar procedente la demanda, la sentencia contendrá el plazo para que la legislatura del estado emita la regulación necesaria (artículo 89). Pasado este plazo, sin que la omi-

<sup>342</sup> Artículo 29. Es competencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y de las Salas, en los términos que señale la Ley: IV. Declarar sobre los casos de omisión en la expedición de leyes, cuando la misma afecte el funcionamiento o aplicación de la presente Constitución. La competencia de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia para conocer los casos de omisión en la expedición de las leyes es reiterada por en el artículo 2o. de la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro.

sión legislativa sea subsanada, la Sala Constitucional otorgará un plazo extraordinario de hasta treinta días hábiles a la autoridad condenada, a efecto de que ejecute la sentencia (artículo 90).

6. Si agotado el plazo extraordinario, la legislatura persiste en actitud omisa, sin perjuicio de la responsabilidad en que la misma incurra, la Sala Constitucional informará de dicha situación al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, quien dictará la regulación a que deba sujetarse el ejercicio del derecho reconocido en sentencia hasta en tanto no se expida la ley local respectiva (artículo 91).

### *J. Yucatán*

El artículo 70, fracción III, de la Constitución yucateca<sup>343</sup> y la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Yucatán, aprobada el 29 de octubre de 2010, facultan al Pleno del Tribunal Superior de Justicia erigido en Tribunal Constitucional para conocer de las acciones contra la omisión legislativa imputables al Congreso, al gobernador o a los ayuntamientos, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por la Constitución, así como de las leyes, siempre que la omisión afecte el debido cumplimiento o impida la eficacia de la misma.

<sup>343</sup> Artículo 70. En materia de control constitucional local, corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia erigido en Tribunal Constitucional, conocer:[...] III. De las acciones contra la omisión legislativa o normativa, imputables al Congreso, al gobernador o a los ayuntamientos, por la falta de expedición de las normas jurídicas de carácter general, a que estén obligados por esta Constitución, así como de las leyes, siempre que la omisión afecte el debido cumplimiento o impida la eficacia de la misma. El ejercicio de esta acción corresponderá a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado, conforme a lo que disponga la ley. La resolución que emita el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y decrete la existencia de omisión legislativa o normativa, surtirá sus efectos a partir de su publicación en el órgano de difusión oficial del estado. La resolución del Pleno, respecto a omisiones del Congreso del estado, otorgará un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones para que éste emita la ley, decreto o acuerdo omitido. Si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión.

El ejercicio de esta acción corresponde a las autoridades estatales y municipales, así como a las personas residentes en el estado; por lo que, al igual que en Nayarit, esta acción tiene la naturaleza de una acción popular, al poderse interponer por cualquier residente.

De declararse la existencia de la omisión legislativa respecto a omisiones del Congreso, el Pleno del Tribunal otorgará a las autoridades omisas un plazo que comprenda dos periodos ordinarios de sesiones para que expidan las disposiciones generales que correspondan; y si se trata de omisiones del Poder Ejecutivo o de los ayuntamientos, se otorgará un plazo de seis meses para subsanar la omisión.

Esto significa que, además de los textos constitucionales de Tlaxcala, Coahuila, Nayarit y el Proyecto de reforma en Guerrero; Yucatán también extiende la procedencia de este remedio procesal hacia los actos omisivos del Poder Ejecutivo local.

#### IV. CONTROL DE OMISIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA TRIBUTARIA

##### 1. *Superación del juez como legislador negativo* *vs. Reserva de ley tributaria*

Como puede constatarse a partir de las regulaciones locales arriba citadas, la cobertura jurisdiccional de la inconstitucionalidad por omisión no es un tema de fácil solución. Nestor Sagüés,<sup>344</sup> a través de una breve sinopsis histórica de cinco etapas, demuestra que la jurisdicción constitucional no fue concebida inicialmente para reparar la inconstitucionalidad por omisión, sino sólo para:

##### 1. Inaplicar reglas inconstitucionales.

<sup>344</sup> Sagüés, Néstor Pedro “La Corte Constitucional como legislador suplente y precario”, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, <http://ancmyb.org.ar/user/files/02%20Sagues.pdf>, fecha de consulta 15 de diciembre de 2010, pp. 14 y 15.

2. Derogar las normas inconstitucionales (legislador negativo).
3. Impulsar la sanción de nuevas normas (las sentencias exhortativas, legislador positivo).
4. Cubrir vacíos lagunosos para el caso concreto e impulsar la sanción de las normas ausentes, instando la actividad del legislador pautándole incluso ciertas directrices de contenido en la emisión de tales normas, y estableciendo reparaciones para el afectado por la mora legislativa genérica.
5. Sancionar bajo condición resolutoria la norma general ausente hasta que quien debía elaborarla, lo haga efectivamente (tribunal constitucional como legislador suplente y precario)

De hecho, la actual regulación de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en el estado de Chiapas se ajusta a la quinta etapa, pues dispone que cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecta el debido cumplimiento de la Constitución, el Tribunal Constitucional del Estado intimará al Congreso para que resuelva la omisión en un periodo de sesiones, y si no lo hace, cuando se trate de leyes cuya expedición la ordena la Constitución local o federal, el referido Tribunal Constitucional se pronuncia en torno a la omisión, emitiendo provisionalmente las disposiciones pertinentes, mismas que estarán vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa.

Indiscutiblemente en épocas recientes se ha producido una evolución en la labor interpretativa judicial que ha logrado quebrar y superar la concepción kelseniana del juez como legislador de carácter negativo, mas no por ello debe olvidarse que la creación de contribuciones y todo lo que tenga que ver con elementos esenciales de las mismas sigue siendo un tema constitucionalmente encomendado a la discrecionalidad de la potestad legislativa. De hecho, conforme al sistema de competencias de las autoridades del Estado que identificó la SCJN, la creación de contribuciones representa una facultad en competencias de ejercicio obligatorio para los órganos legislativos de la Federación, de los estados y del Distrito Federal.

Esto es importante comentarlo porque, para el caso chiapaneco por ejemplo, aceptar la idea del Tribunal Constitucional como legislador suplente y precario en temas de reserva de ley — como la tributaria — podría acarrearle consecuencias desastrosas. En este sentido, García de Enterría sostiene que “en ningún sistema constitucional, puede afirmarse en términos absolutos, ningún Tribunal, ni constitucional ni ordinario, puede enmendar (ni crear) leyes positivas. La sola presencia de un fenómeno de esa naturaleza acusaría, sin más, que el sistema no sería ya, en modo alguno, democrático”.<sup>345</sup>

Por tales motivos, siquiera pensar que sea el órgano jurisdiccional quien dé plenitud a la norma omitida por el legislador transgrediría inevitablemente el cariz negativo del principio de reserva de ley, según el cual queda estrictamente prohibida la intromisión de las materias reservadas a la ley de alguna potestad normativa diferente a la del Congreso de la Unión o a las de los congresos locales. De permitirse, no sólo se ocasionaría un conflicto de competencias entre órganos, sino que, además, se desnaturalizaría el principio de reserva de ley tributaria, atentando contra uno de los derechos fundamentales del contribuyente.

A nuestro juicio, establecer que sea el Poder Judicial quien dicte provisionalmente las disposiciones necesarias para resolver temporalmente la conducta omisa del legislador trae más breves que beneficios, pues ello significaría la usurpación de las funciones del Poder Legislativo a cargo del Poder Judicial; es decir, en este caso el Tribunal Superior se convertiría en un auténtico legislador —aunque sí, suplente y precario— al subsanar funciones del Poder Legislativo<sup>346</sup> y, aunque no dudamos que sus resultados solucionen transitoriamente la omisión, precisamente en materia

<sup>345</sup> García de Enterría, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*, Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 120.

<sup>346</sup> Fernández Segado, Francisco, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 7, núm. 2, 2009, [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002009000200002&script=sci_arttext), fecha de consulta, 19 de julio de 2010.

fiscal se tendrían que replantear las vicisitudes que provocaría legislar materias sometidas a reserva de ley tributaria,<sup>347</sup> pues como apunta Carbonell, los destinatarios principales de las reservas de ley son los órganos que producen el derecho, que lo crean.<sup>348</sup>

Ahora bien, reconocer que la inactividad legislativa sobre la materia tributaria es infiscalizable es una regla que, a nuestro parecer, también admite excepciones de diversos matices, sobre todo cuando confluyen en ella derechos fundamentales que requieren ser efectivizados o reparados constitucionalmente, como el de capacidad contributiva o el de igualdad tributaria. En estos supuestos, el juez deberá ponderar qué derecho o principio pesa más en el caso particular (y los que se le parezcan): si el respeto a la reserva de ley sancionada en la fracción IV del artículo 31 constitucional o, por ejemplo, el principio de igualdad garantizado también en el artículo 1o. constitucional. O más bien, determinar bajo los parámetros del juicio de proporcionalidad de qué forma se lesiona menos el derecho; esto es, en qué medida vulnerar provisionalmente la reserva de ley es necesario, idóneo o proporcional a fin de restituir y efectivizar otra garantía violada, como puede ser la capacidad contributiva, la igualdad material, o simplemente, la seguridad jurídica.

Las respuestas que deriven de este juicio de control de proporcionalidad justificarán los efectos de la sentencia que dicte del juez, pues se tendrá certeza de que la medida ha sido pronunciada con miras a efectivizar y tutelar constitucionalmente otros

<sup>347</sup> De acuerdo con José Osvaldo Casás, “cuando la exigencia de ley formal material para disciplinar los aspectos sustantivos del derecho tributario (creación, modificación, exención, derogación de tributos, y configuración de sus elementos estructurales) encuentra sustento explícito en la Constitución, y tal ordenamiento, por una clara diferenciación entre el poder constituyente y los poderes constituidos, reviste carácter rígido e inderogable por ley ordinaria, podemos afirmar que nos encontramos en presencia de un sistema jurídico en el cual impera en plenitud el principio de reserva de ley tributaria”. Véase, *op. cit.*, nota 114, p. 237.

<sup>348</sup> Carbonell, Miguel, “Reserva de ley”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 531-533.

derechos de igual valor jerárquico. De ser así, no se dudaría la aceptación de sentencias aditivas de principio que corrijan omisiones legislativas o que integren provisionalmente el contenido lagunoso en espera de la actuación del legislador.

De hecho, creemos que en los casos en los que sea imposible para la Corte integrar en un momento dado las disposiciones legislativas generales omitidas, y ante el incumplimiento del fallo respectivo por parte del cuerpo legislativo, resultaría sano restituir los derechos lesionados mediante el pago de indemnización a los grupos que demuestren resultar afectados por la omisión del legislativo —tal como ocurre en la Provincia de Río Negro en Argentina— para lo cual primero es necesario reconocer en México la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa, cuestión que estudiamos al final del presente trabajo de investigación.

Por otro lado, la relevancia de hablar de este tema en nuestro país también se centra en razones políticas y económicas, pues involucraría considerar la fuente de las asignaciones presupuestarias para el desarrollo de la norma omitida o incompleta, o para sufragar presupuestalmente los costos derivados de extender el privilegio al grupo de contribuyentes excluidos. Al respecto, Hernández Valle sostiene que el principio de equilibrio presupuestario actúa como una limitante a tomar en cuenta por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, reconoce que dicho principio debe ceder si entra en colisión con algún derecho fundamental directamente garantizado por la Constitución, ya que la labor primaria de los tribunales es la tutela efectiva de los derechos fundamentales.<sup>349</sup> En este orden de ideas, afirma que “frente a una sentencia de la Sala Constitucional que ampare un derecho constitucional no actuado legislativamente, y cuyo reconocimiento implique un aumento del gasto público, el principio del equilibrio presupuestario sería jurídicamente inoperante, dado que la labor primaria de los tribunales constitucionales es

<sup>349</sup> Hernández Valle, Rubén, “La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales”, *cit.*, nota 295, pp. 232 y 233.

la tutela efectiva de los derechos fundamentales,”<sup>350</sup> por lo que “los tribunales deben utilizar técnicas procesales que logren un equilibrio razonable entre la tutela efectiva de los derechos fundamentales y el respeto al principio constitucional del equilibrio presupuestario. Para ello deberán ponderar, caso por caso, cuál es el tipo de sentencia más favorable para el mantenimiento de ese equilibrio”.<sup>351</sup>

Considerando que la cuestión presupuestal juega un papel muy importante en las decisiones que toma la Suprema Corte, convendría que se empezara a considerar a las sentencias aditivas distributivas como un medio de reparación menos inequitativo para los sujetos pasivos excluidos del beneficio de la ley y menos lesivo para el erario.

Dicho esto, enseguida se expondrán ejemplos de omisiones legislativas, tanto parciales como totales, a partir de los cuales se analizará la forma en que han sido resueltas por el órgano jurisdiccional.

## 2. *Omisiones relativas*

En materia tributaria las omisiones legislativas parciales no han sido analizadas como tales por el Poder Judicial de la Federación. En todos los casos, cuando se ha reclamado la inconstitucionalidad de una contribución —generalmente de los impuestos— por violar la igualdad tributaria material, el estudio de

<sup>350</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>351</sup> *Ibidem*, p. 245. Para refutar la idea del desequilibrio financiero y la ruina del erario que pudiera generarse, Lago Montero propone el pago aplazado y fraccionado, con las consiguientes modificaciones y/o dotaciones de crédito plurianuales que permitan el cumplimiento de cualquier obligación de devolución de ingresos tributarios ilegítimos o, alternativamente, el cumplimiento de la obligación de indemnizar el daño causado por la no devolución. Lago Montero, José María, “Procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria”, *Systemas. Revista de Ciências Jurídicas y Económicas*, Madrid, año 1, núm. 2, <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/viewFile/19/20>, fecha de consulta 7 de agosto de 2010, p. 29.

constitucionalidad al que entra el órgano jurisdiccional lo es de la acción del legislativo, más no de su omisión, aunque claramente han existido casos en los que el legislador ha excluido a determinado grupo de sujetos pasivos, lo que ha revelado omisiones de carácter relativo.

Como se expuso precedentemente, cuando el juez entra al estudio de la constitucionalidad debe, mediante el contenido de su sentencia, reponer la igualdad tributaria material en la forma que resulte menos lesiva para el grupo de contribuyentes que fue excluido arbitrariamente por la imposición legislativa, adoptando alguna de las siguientes posturas:

1. Ampliar el supuesto de no sujeción o de exención, con el objeto de otorgar el mismo trato respecto de las deducciones, exenciones o minoraciones, mediante una sentencia aditiva de equiparación que repare la igualdad tributaria ante la ley.

2. Declarar la invalidez de la norma de exención y obligar a todos al pago de contribuciones, con el objeto de que todos los causantes entren al régimen general de los demás contribuyentes, generalmente, a través de una sentencia que declara la inconstitucionalidad parcial de la norma o de una sentencia de inadmisibilidad y anulación.

A continuación presentamos algunos casos que ha resuelto la SCJN.

#### *A. Régimen fiscal de exención de los trabajadores al servicio del Estado*

El ejemplo más claro que ilustra las dos situaciones anteriormente descritas ocurrió en 2002 y 2003, cuando se impugnó mediante diversos juicios de garantías la inconstitucionalidad del artículo 109, fracción XI, penúltimo párrafo de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, que otorgaba un trato inequitativo al permitir a los trabajadores al servicio del Estado gozar de gratificaciones exentas de dicho tributo, mientras que a los del sector privado sólo les autorizaba una exención más restringida. Al resolver los amparos en revisión, el Pleno de la SCJN determinó

que ambos grupos de trabajadores debían estar sometidos al mismo régimen de tributación, ya que no existían bases objetivas ni razonables que justificaran la diferencia de trato; lo cual expreso en los siguientes términos:

[...] el artículo 109, fracción XI, penúltimo párrafo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta vigente a partir del primero de enero de dos mil dos, viola el principio de equidad tributaria consagrado en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al otorgar una exención ilimitada a los trabajadores al servicio de la Federación y de los estados respecto de los ingresos que obtengan por concepto de gratificaciones, aguinaldo y prima vacacional, restringiendo a treinta y quince días de salario mínimo, respectivamente, la exención concedida a los demás trabajadores asalariados por la obtención de los mismos ingresos, toda vez que da un trato distinto a sujetos del tributo que se ubican en una misma situación, es decir, establece un régimen fiscal de exención distinto para los trabajadores al servicio del estado y de las entidades federativas, sin que exista en la propia ley, en la exposición de motivos o en los dictámenes correspondientes de la discusión de dicha ley una justificación objetiva y razonable. Lo anterior se corrobora con el hecho de que ambos tipos de trabajadores son personas físicas que obtienen ingresos, en efectivo, regulados por el capítulo I del título IV de la ley citada, relativo a los ingresos por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado; obtienen el mismo tipo de ingreso: gratificaciones; experimentan modificación patrimonial positiva, al percibir ingresos derivados de gratificaciones y tienen derecho a las mismas deducciones personales, *de manera que al encontrarse en la misma hipótesis de causación, en principio, deben estar sometidos al mismo régimen tributario, por lo que si la ley de la materia no contempla, en ninguno de sus apartados, un grupo o categoría especial en la que hubiere ubicado a los trabajadores al servicio del estado y de las entidades federativas, éstos se encuentran, esencialmente, en igualdad frente a la ley tributaria, con los demás trabajadores asalariados.*<sup>352</sup>

<sup>352</sup> Tesis jurisprudencial de rubro: “RENTA. EL ARTÍCULO 109, FRACCIÓN XI, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, ES VIOLA-

Consecuentemente, al declarar la inconstitucionalidad de este artículo y conceder el amparo, la Suprema Corte extendió el trato favorable de la norma a los trabajadores al servicio de la iniciativa privada con el fin de restituir la igualdad tributaria respecto de los trabajadores del Estado. De esta forma, ni los trabajadores del sector público, ni los del sector privado que obtuvieron la protección de la Unión por virtud del amparo, pagaban el impuesto.

Por el contrario, cuando este mismo asunto se impugnó en 2003 a través de acción abstracta de inconstitucionalidad, el tratamiento desigual se resolvió en sentido opuesto; es decir, eliminando la norma que exentaba a los trabajadores al servicio del Estado. El Pleno de la Corte, con mayoría calificada de diez votos, declaró la invalidez del artículo en los siguientes términos:

[...] el artículo 109, fracción XI, penúltimo párrafo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente a partir del 1o. de enero de 2002, viola el principio de equidad tributaria consignado en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al otorgar una exención ilimitada a los trabajadores al servicio de la Federación y de los estados respecto de los ingresos que obtengan por concepto de gratificaciones, aguinaldo y prima vacacional, restringiendo a treinta y quince días de salario mínimo, respectivamente, la exención concedida a los demás trabajadores asalariados por la obtención de los mismos ingresos, toda vez que se da un trato distinto a sujetos del tributo que se ubican en una misma situación, es decir, establece un régimen fiscal distinto para los trabajadores al servicio del Estado y de las entidades federativas, sin que exista en la propia ley, en la exposición de motivos o en los dictámenes correspondientes de su discusión una justificación objetiva y razonable. De conformidad

TORIO DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA, AL OTORGAR UN TRATO DISTINTO A LOS TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN Y DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS RESPECTO DE LOS TRABAJADORES AL SERVICIO DE LA INICIATIVA PRIVADA”, tesis P./J. 50/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, diciembre de 2002, p. 6. El resaltado es nuestro.

con el criterio jurisprudencial expuesto, *el párrafo segundo de la fracción XI del artículo 109 de la Ley del Impuesto sobre la Renta*, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre de 2002, *también es violatorio del referido principio constitucional, en tanto que otorga un trato desigual y privilegiado a los trabajadores de la Federación y de las entidades federativas que estén sujetos a condiciones generales de trabajo, respecto de los demás trabajadores del país, no obstante que se encuentran en la misma condición tributaria.*<sup>353</sup>

Esto significó que, a partir de la declaratoria de invalidez con efectos generales de la norma de exención, los efectos restitutorios del amparo devinieron inoperantes, de modo que, tanto los trabajadores del sector privado como los del sector público, pagaban el impuesto si excedían los topes establecidos legalmente. Finalmente, la derogación de este artículo a partir del 1o, de enero de 2004 representó la restitución de la igualdad tributaria entre ambas categorías de trabajadores, aunque dejó sin materia las ejecutorias de amparo en cuanto a los efectos restitutorios.

#### *B. Determinación del IVA acreditable para las casas de bolsa*

Otro caso en el que se amplió la cobertura de la norma de beneficio para los contribuyentes excluidos que lograron la protección en el sistema de amparo lo constituyó la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 15, último párrafo del Reglamento de la Ley del IVA, que para efectuar el acreditamiento

<sup>353</sup> Tesis jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: “RENTA. EL ARTÍCULO 109, FRACCIÓN XI, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* EL 30 DE DICIEMBRE DE 2002, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA, AL OTORGAR UN TRATO DISTINTO A LOS TRABAJADORES DE LA FEDERACIÓN Y DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS QUE ESTÉN SUJETOS A CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO, RESPECTO DE LOS QUE NO LO ESTÁN”, tesis P./J. 32/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, mayo de 2004, p. 1159. El resaltado es nuestro.

de dicho impuesto señalaba un procedimiento especial para las casas de bolsa, siendo que éstas realizaban operaciones de igual naturaleza que las realizadas por las instituciones de crédito.

En el amparo en revisión 1150/96, la SCJN señaló que si bien era cierto que las instituciones de crédito y las casas de bolsa pueden ser consideradas como personas morales distintas por la naturaleza de su conformación y por las reglas que las rigen, ello no se traducía en que deberían recibir tratamiento fiscal distinto,<sup>354</sup> ya que las operaciones a que se refería el precepto reglamentario, y que producían ingresos por intereses, premios de reporto y compraventa de valores, no variaban su naturaleza por la institución que las realizara.<sup>355</sup> Asimismo, concluyó que ambas realizan actividades de intermediación financiera de la misma naturaleza, por lo que resultaba inequitativo que respecto de las segundas se estableciera un procedimiento diverso para la determinación del impuesto acreditable.<sup>356</sup> Al resolver el asunto, la Segunda Sala de la SCJN argumentó:

[...] Esa disposición prevé que sólo las casas de bolsa podrán considerar dentro del valor de sus actividades, la diferencia entre los ingresos que perciban por concepto de intereses, premios de reporto y compraventa de valores, y los pagos que efectúen por dichos conceptos, lo que no se permite a las instituciones de crédito. Ello quebranta el principio de equidad tributaria en virtud de que, ante una misma situación de hecho (consistente en ingresos percibidos por concepto de intereses, premios de reporto y compraventa de valores) que, en el impuesto en cuestión, sirve como reveladora de la capacidad contributiva, se establece un mecanismo distinto del de las instituciones de crédito, para las casas de bolsa, sin existir una diferencia en la situación de hecho en que se encuentran, ya que las operaciones a que se refiere el precepto reglamentario no varían su naturaleza por la institución

<sup>354</sup> Amparo en Revisión 1150/96, CITIBANK México, S.A., Grupo Financiero CITIBANK, pp. 3 y 4.

<sup>355</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>356</sup> *Ibidem*, pp. 14 y 15.

que las realice, es decir, la misma operación puede ser practicada por los bancos y por casas de bolsa, quienes deberán realizarlas ajustándose, ambas, a los preceptos legales que regulan el tipo de operaciones de referencia. Además, no es óbice para estimarlo inequitativo, que unas actúen con fondos de terceros y otras con propios y de terceros, pues ello no repercute en las operaciones en cuestión, que se rigen por las mismas reglas, sino que, en todo caso, dará lugar a consecuencias en diferentes ámbitos fiscales, mas no representan una variación en cuanto al objeto gravado por la Ley del Impuesto al Valor Agregado.<sup>357</sup>

En conclusión, en este caso el legislador excluyó arbitrariamente; es decir, sin aparente base objetiva y razonable que superara el juicio de proporcionalidad, a los bancos, siendo que éstos practicaban las mismas operaciones que las casas de bolsa, y en virtud de que las situaciones de hecho eran idénticas, suponían merecer el mismo tratamiento fiscal y, consecuentemente, gozar del mismo beneficio que establecía el artículo 4o. del RIVA.

*C. Exención del IMPAC a las empresas que componen el sistema financiero*

Inicialmente, el artículo 6o., fracción II de la Ley del Impuesto al Activo estableció la exención del pago de dicho tributo a las empresas que componían el sistema financiero. Por su parte, la labor interpretativa de la Corte, tras resolver diversos amparos al respecto, declaró la inconstitucionalidad de dicho artículo por establecer un trato inequitativo entre aquellos sujetos pasivos que integraban el sistema financiero y aquellos que por no pertenecer a él quedaban fuera de la exención. Esto propició que a los sujetos pasivos excluidos de dicha exención que obtuvieron favorablemen-

<sup>357</sup> Tesis de rubro: “VALOR AGREGADO. EL ARTÍCULO 15, PÁRRAFO FINAL, DEL REGLAMENTO DE LA LEY RESPECTIVA, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE EQUITAD TRIBUTARIA”, tesis 2a. XLI/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, abril de 1997, p. 102.

te el amparo se les liberara totalmente del cumplimiento de las obligaciones sustantivas y formales relacionadas con tal impuesto.

En consecuencia, el legislador derogó la exención establecida en este artículo, pero adicionó el artículo 5o. B, mediante el que estableció un régimen especial para la determinación de la base imponible del IMPAC limitado al activo que no se encontrara afecto a la intermediación financiera. Al pronunciarse sobre la desigualdad que ocasionaban estas reformas, el Pleno de la Corte expresó que no existía obstáculo alguno para que los contribuyentes pudieran combatir de nuevo, vía juicio de garantías, la inconstitucionalidad de los nuevos privilegios concedidos:

[...] Entre las reformas contenidas en el mencionado decreto, se encuentran la adición a los artículos 1o., y 5o. B, de la Ley del Impuesto al Activo, y la derogación de la fracción II del artículo 6o. de la misma ley, a través de las cuales el legislador ya no establece en favor de las empresas que componen el sistema financiero una exención del pago del impuesto al activo, sino que conformó con ellas una nueva categoría de contribuyentes (artículo 1o., párrafo tercero), estableciendo un régimen especial para la determinación de la base del tributo a su cargo, limitado al activo que no se encuentre afecto a la intermediación financiera (artículo 5o. B); reformas que precisamente por dar un tratamiento diferente a esas empresas, otorgan interés jurídico a otros contribuyentes del tributo a someter ese aspecto al análisis mediante el amparo...<sup>358</sup>

Posteriormente, tras resolver diversos amparos en revisión, la SCJN declaró la inconstitucionalidad del artículo 5o. B de la Ley del IMPAC por otorgar, inequitativamente, un beneficio exclusivo conferido a las empresas que componen el sistema financiero,

<sup>358</sup> Tesis jurisprudencial de rubro: “ACTIVO, LEY DEL IMPUESTO AL. REFORMA DEL 10 DE MAYO DE 1996, RELATIVA AL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL SISTEMA FINANCIERO. LOS CONTRIBUYENTES QUE NO PERTENECEN A ESA CATEGORÍA CUENTAN CON INTERÉS JURÍDICO PARA RECLAMARLA POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE EQUITAD TRIBUTARIA”, tesis P./J. 65/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, noviembre de 1998, p. 9.

lo que derivó en que al siguiente ejercicio fiscal el legislador derogara el precepto, eliminando el supuesto trato privilegiado y dejando con ello inoperantes los efectos restitutorios del amparo.<sup>359</sup>

Por lo anterior, en este caso restaurar la igualdad tributaria ante la ley implicó declarar la invalidez de la norma de excepción pero, más que nada, mostró la deferencia del legislador ordinario frente a las decisiones de la Suprema Corte.

### 3. *Omissiones absolutas*

#### *A. Destino al gasto público del Impuesto Sustitutivo del Crédito al Salario*

Como se dijo con anterioridad, en materia tributaria la capacidad contributiva, la igualdad tributaria, la reserva de ley y el destino del gasto público son derechos fundamentales que el constituyente encomendó al legislador ordinario para efectivizar y hacer cumplir en normas posteriores. De forma que cualquiera de estos cuatro puede incumplirse no sólo por la acción, sino también por la omisión del legislador.

Bajo este orden de ideas, un ejemplo de omisión legislativa absoluta en materia tributaria se puede hallar en la declaratoria

<sup>359</sup> De acuerdo con Pérez de Acha, restaurar la equidad entre los contribuyentes del IMPAC, “convirtió en inoperantes los efectos restitutorios de las ejecutorias que habían concedido el amparo... De este modo, los efectos restitutorios del amparo quedan constreñidos a la subsistencia de la violación al artículo 31, fracción IV de la Constitución. Si en razón de la reforma legal se restableció la equidad tributaria, carecía de sentido insistir en los efectos restitutorios del amparo en relación con situaciones inexistentes a partir de la derogación de la exención. Lo contrario hubiese implicado llevar los efectos restitutorios a momentos en que la violación constitucional dejó de afectar a los gobernados, lo cual no sólo va en contra del sistema del juicio de amparo, sino también propiciaría que en función de esos innecesarios —por inexistentes— efectos restitutorios, los contribuyentes beneficiados con el amparo quedaran en situación de injustificado privilegio en relación con la generalidad de los contribuyentes, en particular con las empresas que componen el sistema financiero”, *op. cit.*, nota 215, pp. 202 y 203.

de inconstitucionalidad del Impuesto Sustitutivo del Crédito al Salario (ISCAS), el cual violaba el principio del destino de la contribución al gasto público, toda vez que no se aplicaba para sufragar éste. Por tal motivo, la empresa Hongos del Bosque, S. A. de C. V. promovió el 12 de febrero de 2002 juicio de amparo en contra del Decreto que emitió la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2002, particularmente respecto del establecimiento del ISCAS, previsto en el artículo 1o., apartado A, fracción I, numeral 10 de dicha ley; argumentando, en otras cuestiones, que dicho impuesto violaba el principio del destino al gasto público, ya que las autoridades responsables no contemplaron ingreso alguno a recaudar por concepto de dicho impuesto en la Ley de Ingresos.<sup>360</sup> Además, en vista de que, a la luz de lo previsto por los artículos 74, fracción IV, y 126 constitucionales las contribuciones se decretan para cubrir el presupuesto de egresos y no puede realizarse pago alguno a cargo del erario federal que no esté previsto en aquél o en ley posterior, el Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal de ése año también resultaba inconstitucional pues tampoco en él se previó destino específico alguno para los ingresos que se obtuvieran con motivo de la recaudación de dicho tributo.

El asunto fue turnado el 14 de febrero de 2002 al juez primero de Distrito en materia de amparo y juicios civiles federales en el Estado de México, quien finalmente dictó sentencia el 30 de abril de ése año, negando el amparo a la quejosa tras resolver, por lo que concierne al gasto público, que si bien era cierto que dicho tributo no tenía un destino dentro del Presupuesto de Egresos, de la lectura del artículo 13 de la Ley de Ingresos se deducía que este recurso se concentraría en la Tesorería de la Federación para realizar las acciones, planes y programas de las dependencias y entidades, cuyas erogaciones integraban el gasto público.

<sup>360</sup> Artículo 1o. de la Ley de Ingresos de 2002 “En el ejercicio fiscal de 2002, la Federación percibirá los ingresos provenientes de los conceptos y en las cantidades estimadas que a continuación se enumeran: A. Ingresos del gobierno federal... I. Impuestos... 10. Impuesto Sustitutivo del Crédito al Salario \$0.00”.

Inconforme con la sentencia, el 18 de junio de 2002 la quejosa interpuso recurso de revisión (Amparo en Revisión 235/2002), mismo que fue turnado al ministro Juan N. Silva Meza el 4 de julio de ése año. En su escrito, la recurrente amplió sus argumentos aduciendo que la decisión apelada violó el principio de legalidad tributaria, ya que es un elemento esencial del establecimiento de las contribuciones el ser destinadas al gasto público, lo que supone establecer con antelación los conceptos de gastos a que éstas se destinarán; razón por la que el Presupuesto de Egresos debe aprobarse antes que la Ley de Ingresos, cuestión que no ocurrió con el establecimiento del ISCAS.

Si bien el impuesto fue declarado inconstitucional por no atender, más que nada, a la capacidad contributiva de las personas físicas y morales que realizaban erogaciones por la prestación de servicios personales subordinados; en su momento el entonces ministro Góngora Pimentel emitió un voto concurrente en el que también hizo ver la inconstitucionalidad del ISCAS por no haberse destinado al gasto público federal, exponiendo que si respecto de determinado concepto no se programa recaudar en un ejercicio fiscal determinada cantidad alguna, de ningún modo puede argumentarse que será destinado al gasto público cuando no fue prevista en la programación y asignación de recursos correspondiente:

[...] Si el legislador federal, en ejercicio de la potestad tributaria que constitucionalmente le compete, determinó que no se recaudara cantidad alguna por concepto del Impuesto Sustitutivo del Crédito al Salario, ello implica que no se previó estimación alguna respecto de ese específico impuesto y, por ende, tampoco su correlación con los gastos programados en el Presupuesto de Egresos de la Federación, de manera que la recaudación proveniente de los pagos que por ese tributo llegaran a realizarse, no pueden estimarse constitucional y legalmente que pudiera destinarse al gasto público.<sup>361</sup>

<sup>361</sup> Ríos Granados, Gabriela, *Inconstitucionalidad del impuesto sustitutivo de crédito al salario*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, Serie De-

Como se ha podido constatar, en este caso la omisión se actualizó a partir de la inobservancia de lo dispuesto por el artículo 31, fracción IV, constitucional; y aunque tristemente no fue abordado por la SCJN como un caso de omisión, a todas luces revelaba, conforme a la tipología nacional, una omisión legislativa total en competencias de ejercicio obligatorio.

### *B. Actualización a las tablas de valores unitarios del Impuesto Predial Municipal*

En el sistema tributario mexicano es posible encontrar algunas otras omisiones legislativas que se suscitan con motivo de encargos legislativos diversos al artículo 31 constitucional, tal sería el caso, como apunta Ávalos Díaz,<sup>362</sup> de la reforma aprobada en 1999 al artículo 115 de la Constitución,<sup>363</sup> cuyo artículo quin-

ciones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 10, p. 75. Esta crítica también es realizada por Fernández Sagardi cuando se pregunta: “¿Cómo es posible, entonces, que se haya creado un impuesto del que no se espera recaudar nada?”, y responde: “Las necesidades colectivas y sociales deben de ser satisfechas por el Estado a través de la aplicación del gasto público”. Fernández Sagardi, Augusto, “El impuesto sustitutivo de crédito al salario. Su inconstitucionalidad”, *Revista de la Academia Mexicana de Derecho Fiscal*, México, año V, núm. 14, noviembre de 2002, p. 34.

<sup>362</sup> Ávalos Díaz, Sofía Verónica, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa. Su tutela en el derecho mexicano”, *op.cit.*, nota 315, p. 6.

<sup>363</sup> Artículo 115. Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa el Municipio Libre, conforme a las bases siguientes: [...] IV. Los Municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en todo caso: a) Percibirán las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que establezcan los Estados sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles. [...] Los Ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, propondrán a las Legislaturas Estatales las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras y las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que sirvan de base para

to transitorio dispuso que antes del inicio del ejercicio fiscal de 2002, las legislaturas de los Estados, en coordinación con los municipios, debían adoptar las medidas conducentes para que los valores unitarios que sirven de base al impuesto predial, se equipararan al valor del mercado.<sup>364</sup> Hasta el día de hoy este mandato no ha sido acatado en la mayoría de los casos, pues a pesar de que en algunos estados los ayuntamientos han formulado las propuestas de los valores unitarios, las respectivas legislaturas locales no las han examinado oportunamente, limitándose a aprobar el cálculo de la base imponible del impuesto predial con elementos diversos o con los usuales, impidiendo establecer el sistema de coordinación exigido por la reforma constitucional.

Precisamente a partir de este encargo al legislador ordinario local contenido en el artículo quinto transitorio del decreto de 1999, mediante el cual se reformó el artículo 115 de la Constitución Federal, surgió el primer caso de omisión legislativa que en materia tributaria fue reconocido como tal por la Suprema Corte tras resolver la controversia constitucional 14/2005.

Antes de ahondar en él, cabe hacer mención que el incumplimiento de este mandato constitucional ya había sido reprochado en otra ocasión al Congreso del Estado de Nuevo León mediante juicio de amparo contra leyes por la omisión de aprobar y expedir cuotas y tarifas aplicables al Impuesto Predial para el Ejercicio Fiscal de 2002; vía que de inmediato fue calificada de improcedente por el Segundo Tribunal Colegiado en materia

el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria. Las Legislaturas de los Estados aprobarán las Leyes de Ingresos de los Municipios, revisarán y fiscalizarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los Ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles.

<sup>364</sup> Artículo quinto. Antes del inicio del ejercicio fiscal de 2002, las Legislaturas de los Estados, en coordinación con los Municipios respectivos, adoptarán las medidas conducentes a fin de que los valores unitarios de suelo que sirven de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria sean equiparables a los valores de mercado de dicha propiedad y procederán, en su caso, a realizar las adecuaciones correspondientes a las tasas aplicables para el cobro de las mencionadas contribuciones, a fin de garantizar su apego a los principios de proporcionalidad y equidad.

Administrativa del Cuarto Circuito al confirmar, en consonancia con los criterios al efecto citados líneas arriba, que no puede obligarse a la autoridad legislativa “a reparar esa omisión, es decir, a legislar”,<sup>365</sup> en virtud de que el principio de relatividad de las sentencias dictadas en amparo lo impiden.

Es así que, aprovechando la procedencia de la controversia constitucional para impugnar omisiones legislativas, el 11 de febrero de 2005 el Municipio de Centro de Tabasco promovió este medio de control constitucional ante la SCJN, a través del cual demandó al Poder Legislativo de dicha entidad, entre otras cuestiones, la omisión de dictaminar y resolver respecto de la iniciativa de actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que servirían de base para determinar el pago del impuesto predial, presentada por el municipio actor ante la Oficialía Mayor del Poder Legislativo del estado, el 29 de octubre de 2004, enviándose un recordatorio el 6 de enero de 2005.

De acuerdo con la actora, esta situación resultaba violatoria de lo dispuesto por el artículo 115, fracción IV, inciso a), y antepenúltimo párrafo de dicha fracción de la CPEUM, así como del artículo quinto transitorio del decreto del 28 de octubre de 1999, por el que se reformó y adicionó el artículo 115 constitucional; conforme el cual es obligación de las Legislaturas Estatales, en coordinación con los municipios de su entidad federativa, adop-

<sup>365</sup> Véase la tesis aislada de los Tribunales Colegiados de Circuito de rubro: “LEYES, AMPARO CONTRA. ES IMPROCEDENTE AQUEL EN QUE SE IMPUGNA LA OMISIÓN DE LA LEGISLATURA ESTATAL DE APROBAR Y EXPEDIR CUOTAS Y TARIFAS APLICABLES AL IMPUESTO PREDIAL PARA EL EJERCICIO FISCAL DOS MIL DOS PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL”, tesis: IV.2o.A.56 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, enero de 2004, p. 1549. Amparo en revisión 85/2003. Inmobiliaria Residencial Campestre Hípico, S. A. de C. V., 20 de junio de 2003, unanimidad de votos, ponente: José Elías Gallegos Benítez, secretaria: Nelda Gabriela González García, amparo en revisión 210/2003. Olga Canavati viuda de Tafich, 26 de junio de 2003, unanimidad de votos, ponente: José Elías Gallegos Benítez, secretaria: Nelda Gabriela González García, amparo en revisión 247/2003. Nora Patricia Albuérne de González y coags., 26 de junio de 2003, unanimidad de votos, ponente: José Elías Gallegos Benítez, secretaria: Nelda Gabriela González García.

tar las medidas conducentes a fin de que los valores unitarios de suelo y construcciones que sirven de base para el cobro de las contribuciones sobre propiedad inmobiliaria, sean equiparables a los valores de mercado de dicha propiedad, y realicen en todo caso las adecuaciones correspondientes a las tasas aplicables para el cobro de dichas contribuciones, garantizando su apego a los principios de proporcionalidad y equidad.

En este sentido, el municipio manifestó que la tabla de valores unitarios de suelo y construcciones que a la fecha se utilizaba para determinar el pago del impuesto predial, tenía una vigencia de doce años ya que había sido expedida mediante el decreto 0486 publicado en abril de 1993, por lo que resultaba obvio que los valores determinados en ésta no correspondían al valor actual del mercado de las propiedades inmobiliarias, es decir, dichos valores eran obsoletos.

El 15 de febrero de 2005 el expediente (al que correspondió el núm. 14/2005) fue turnado al ministro José Ramón Cossío. Por su parte, el Poder Legislativo del estado de Tabasco, al contestar la demanda, señaló que si bien era cierto que a la fecha no se había dictaminado la iniciativa, de ningún modo significaba que no se hubiera tomado en cuenta dentro de las tareas de la legislatura. Aduciendo, además, que “la respuesta a toda iniciativa debe darse en el término que racionalmente sea necesario para estudiar y discutir cada caso concreto para llegar a una determinación”,<sup>366</sup> ya que “el Congreso del estado no es una mera instancia de trámite, por lo que no está obligado a aceptar la propuesta de iniciativa íntegramente tal cual fue presentada”.<sup>367</sup>

Finalmente, nuestro más alto tribunal dictó sentencia el 3 de octubre de 2005. En el estudio de fondo respectivo, confirmó que esta omisión atribuida al Congreso de Tabasco redundaba en una omisión legislativa absoluta a la realización de una compe-

<sup>366</sup> Controversia Constitucional 14/2005, promovente: municipio de Centro, del estado de Tabasco, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXII, diciembre de 2005, p. 2301.

<sup>367</sup> *Ibidem*, p. 8.

tencia de ejercicio obligatorio por mandato constitucional. Esto en virtud de que, por un lado, el artículo 5o. transitorio del decreto de 1999 “deriva de un mandato expreso del órgano reformativo de la Constitución federal, dirigido al legislador estatal”<sup>368</sup> y que, por el otro, en autos no obraba constancia alguna con la que se haya acreditado que la Comisión de Hacienda y Presupuesto del Congreso del estado de Tabasco hubiere dictaminado la iniciativa señalada; dejando claro que “los Congresos locales no están obligados a aprobar las propuestas de los ayuntamientos, tal cual éstos se las planteen, puesto que efectivamente no son una instancia de mero trámite; pero sí tienen la obligación de pronunciarse respecto de dichas propuestas, señalando razonablemente los motivos por los cuales decidan aceptar, modificar o rechazar las propuestas de los municipios”.<sup>369</sup>

Asimismo, al determinar la fecha en que se verificó la omisión, la Corte señaló que la “transgresión a la Constitución surgió desde el momento en que el municipio actor presentó a la Legislatura estatal la propuesta de actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones (veintinueve de octubre de dos mil cuatro), y este órgano legislativo no cumplió con su obligación de pronunciarse de manera fundada, motivada, razonada y congruente respecto de esta propuesta municipal, es decir, desde que el Congreso Local fue omiso en pronunciarse respecto de la propuesta municipal”.<sup>370</sup>

Por otro lado, citando dos tesis de jurisprudencia derivadas de la controversia constitucional 14/2004 en relación al impuesto predial, la Corte manifestó que cuando las legislaturas, al aprobar las leyes de ingresos municipales, modifiquen las propuestas de los ayuntamientos referentes al impuesto predial, es necesario que las discusiones y constancias del proceso legislativo demuestren que dichos órganos colegiados no lo hicieron arbitrariamente, sino que la motivación objetiva en la cual apoyaron sus

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>369</sup> *Íbidem*, p. 22.

<sup>370</sup> *Íbidem*, p. 30.

decisiones se refleje, fundamentalmente, en los debates llevados a cabo en la respectiva comisión de dictamen legislativo.<sup>371</sup> En la segunda tesis, la Corte señaló que, en congruencia con la reserva constitucional a las haciendas municipales de los recursos derivados de las construcciones sobre la propiedad inmobiliaria, así como de aquellas que tengan como base el cambio de valor de los inmuebles, “el proceso de determinación y adecuación de los valores unitarios y de las tasas aplicables deben realizarlo las Legislaturas de los estados en coordinación con los municipios”.<sup>372</sup>

En conclusión, dado que los Congresos Estatales legislan acerca de un impuesto reservado constitucionalmente a las haciendas municipales, como lo es el impuesto predial, el Pleno de la SCJN reconoció que el Poder Legislativo del Estado de Tabasco incurrió en una omisión absoluta en competencias de ejercicio obligatorio, motivo por el cual determinó que el Congreso de dicho estado, dentro del segundo periodo de sesiones (comprendido del 1o. de octubre al 15 de diciembre de 2005), debía pronunciarse de manera fundada, motivada, razonada, objetiva y congruente, respecto de la iniciativa de propuesta de la actualización a las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones que servirán de base para el cobro de las contribuciones correspondientes presentada por el municipio actor, a efecto de dar cumplimiento al mandato establecido en el artículo 115 de la Constitución federal, así como el artículo quinto transitorio del decreto de 1999.

<sup>371</sup> Tesis jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: “PREDIAL MUNICIPAL. CONDICIONES A LAS QUE DEBEN SUJETARSE LAS LEGISLATURAS LOCALES EN LA REGULACIÓN DEL IMPUESTO RELATIVO (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL)”, tesis: P./J. 122/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 1124.

<sup>372</sup> Tesis jurisprudencial del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: “PREDIAL MUNICIPAL. LA REGULACIÓN DE LA MECÁNICA PARA EL CÁLCULO DEL IMPUESTO RELATIVO DEBE TOMAR EN CUENTA EN LO FUNDAMENTAL, EL VALOR DE LOS INMUEBLES”, tesis: P./J. 123/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 1125.

Finalmente, en sesión plenaria del Congreso local celebrada el 26 de diciembre de 2005 (once días más tarde de lo requerido), la LVIII Legislatura aprobó por mayoría de votos, la actualización de la tabla de valores unitarios de suelo y de construcción para el municipio de Centro, Tabasco, a través del Decreto 130, mismo que fue publicado en el Suplemento 6606 V del *Periódico Oficial del Estado*, de fecha 28 de diciembre de 2005.<sup>373</sup>

Sin duda alguna, el encargo al legislador establecido en estos preceptos seguirá siendo germen de omisiones legislativas en relación al impuesto predial de los municipios. En ese sentido, la Suprema Corte ya ha indicado que “el hecho de que algún Congreso Local que haya recibido la propuesta relativa no se pronuncie al respecto, vulnera tanto al artículo quinto transitorio señalado como al propio 115 constitucional, pues con dicha omisión absoluta se impide que las disposiciones de la carta magna sean plenamente eficaces”.<sup>374</sup>

<sup>373</sup> Pero al parecer hubiera resultado mejor que el Congreso local no acatará el fallo de la Corte, pues meses más tarde se arguyó que la tabla de valores unitarios de suelo y construcciones aprobada por la LVIII legislatura no fue analizada de manera fundada, ni motivada, ni razonada, ni objetiva, ni congruente. Por el contrario, resultaba violatoria de las garantías de igualdad tributaria y capacidad contributiva, ya que al trastornarse la plusvalía inmobiliaria del municipio, el valor catastral era mayor que el valor comercial de los inmuebles, por lo que los habitantes, particularmente los propietarios de inmuebles, tenían que pagar entre 360 y 550% más de lo que normalmente cubrían; lo cual llevó a que en marzo de 2007 un integrante de la siguiente legislatura propusiera una reforma a dicha tabla de valores, para entrar en vigor el segundo semestre de 2007. Véase: “Iniciativa de reforma a la tabla de valores unitarios de suelo y de construcción para el municipio de Centro, del estado de Tabasco. Presentada por la diputada Amalín Yabur Elías (PRD), presidenta de la mesa directiva del Congreso del estado libre y soberano de Tabasco, el día 7 de marzo de 2007”, consultada en [http://www.congresotabasco.gob.mx/sitio/trab\\_legis/iniciativas\\_pdfs/42.%20Iniciativa%20modifica%20tabla%20valores%20Centro\\_Adan.pdf](http://www.congresotabasco.gob.mx/sitio/trab_legis/iniciativas_pdfs/42.%20Iniciativa%20modifica%20tabla%20valores%20Centro_Adan.pdf), fecha de consulta 15 de marzo de 2010.

<sup>374</sup> Véase tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación rubro: “PREDIAL MUNICIPAL. LA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA DE LOS CONGRESOS LOCALES RESPECTO DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN IMPUESTA EN EL ARTÍCULO QUINTO TRANSITORIO DE LA REFORMA DE 1999, AL ARTÍ-

## V. OTRA POSIBLE VÍA JURÍDICA DE REPARACIÓN. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR OMISIÓN LEGISLATIVA

En espera del reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, mediante la implementación de acciones colectivas y declaratorias generales de inconstitucionalidad en las sentencias de amparo;<sup>375</sup> y en vista de que actualmente la posibilidad de

CULO 115 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, VULNERA TANTO AL CITADO DISPOSITIVO TRANSITORIO COMO AL PROPIO PRECEPTO CONSTITUCIONAL”, tesis P./J. 12/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1532.

<sup>375</sup> Cabe mencionar que desde febrero de 2008 el grupo parlamentario del PRI presentó ante ambas cámaras del Congreso iniciativas de reforma al artículo 17 constitucional a efecto de añadir en su texto un quinto párrafo en el que se incorporen acciones colectivas. El 10 de diciembre de 2009, el Senado de la República aprobó la inclusión de este párrafo, que finalmente se convirtió en el tercero del artículo 17 constitucional y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010 en los siguientes términos: “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”. Véase, decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 29 de Julio de 2010. Sin duda este es un gran logro para la justicia constitucional mexicana, pero para efectivamente garantizar el acceso colectivo a ella, aún quedará diferida la necesidad de reformar y actualizar el marco normativo federal y local conforme a esta disposición constitucional. En este contexto cabe mencionar que en el proyecto de la nueva Ley de Amparo, aprobado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde 2001 y pendiente de aprobación por el Congreso, en su capítulo IV (artículos 230-233) relativo a la declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme, también se propone la introducción de la declaración general en las sentencias de amparo en las cuales se afirme la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas. Igualmente, debe recordarse que el 10 de marzo de 2009 diversos diputados federales de varias fracciones parlamentarias presentaron la iniciativa por la que se adiciona un inciso a) a la fracción VII del artículo

los particulares para impugnar omisiones legislativas es prácticamente nula, creemos que otra vía jurídica para hacer un reclamo a la inactividad del legislador puede desprenderse de la responsabilidad patrimonial del Estado por la omisión de actos legislativos.

En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad patrimonial del Estado tiene sustento constitucional en el segundo párrafo del artículo 113 de la CPEUM,<sup>376</sup> que entró en vigor en enero de 2004, y en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial, vigente a partir de enero de 2005. Sin embargo, a pesar de que esta ley contempla al Poder Legislativo como sujeto que puede generar responsabilidad patrimonial,<sup>377</sup> la regulación actual de la figura no cubre los daños causados a particulares con motivo de actos legislativos,<sup>378</sup> mucho menos de omisiones; cues-

107 constitucional, que propone la implementación del juicio de amparo contra leyes fiscales con efectos generales; misma que fue aprobada por el Pleno de la Cámara de Diputados el 31 de marzo de 2009; posteriormente, pasó a la Cámara de Senadores, siendo turnada a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, cuyo dictamen aún sigue pendiente.

<sup>376</sup> Artículo 113. [...]La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes (adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2002).

<sup>377</sup> Artículo 2o. LFRPE. Son sujetos de esta Ley, los entes públicos federales. Para los efectos de la misma, se entenderá por entes públicos federales, salvo mención expresa en contrario, a los Poderes Judicial, Legislativo y Ejecutivo de la Federación, organismos constitucionales autónomos, dependencias, entidades de la Administración Pública Federal, la Procuraduría General de la República, los Tribunales Federales Administrativos y cualquier otro ente público de carácter federal.

<sup>378</sup> La explicación a este respecto la encontramos en el dictamen aprobatorio de la reforma constitucional publicado en la *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados* el 28 de abril de 2000, que en su parte conducente señaló: “[...] Tratándose de los actos legislativos, tanto leyes como decretos que producen efectos generales, si se hiciera proceder acción de responsabilidad por los daños que causaran, de aquí se podrían derivar graves inconvenientes, por un lado se estaría creando una acción paralela a la de la inconstitucionalidad de las leyes

tión que ya ha sido reprochada por algún sector de la doctrina<sup>379</sup> y ha evidenciado el rezago de nuestra cultura jurídica; ya que en nuestro país la responsabilidad patrimonial del Estado sólo deriva de actividades administrativas irregulares.

No obstante, ante este entristecido panorama, mediante tesis aislada de la primera sala, la Corte ha dicho que, con el propósito de ampliar el ámbito protector del segundo párrafo del artículo 113 constitucional e indicando que los derechos constitucionales son “mínimos que pueden ser ampliados por el legislador ordinario”, el derecho sustantivo a exigir responsabilidad patrimonial del Estado puede ser desarrollado por el legislador ordinario en su respectivo ámbito de competencia, “por lo que si en un orden jurídico parcial se decide establecer supuestos que actualicen la responsabilidad patrimonial del Estado, distintos a los establecidos en la norma constitu-

y decretos, pues para que una acción de responsabilidad proceda requiere de un presupuesto de antijuridicidad, al menos en su resultado; y por otro lado podrían sobrevenirse demandas de indemnización masivas, que difícilmente serían soportables con el presupuesto real. Un ejemplo puede ayudar a entender esto: si debido a la aprobación del presupuesto de egresos, o a la expedición de la ley de ingresos, y en general a la política fiscal y económica, se originaran daños en el patrimonio de los particulares, como de hecho podría alegarse, y se entablaran demandas de responsabilidad patrimonial por los actos legislativos, esto legitimaría a casi todos los particulares, poniendo en peligro la capacidad presupuestal de cualquier entidad”.

<sup>379</sup> Ríos Granados, Gabriela, *Responsabilidad patrimonial del Estado por leyes tributarias declaradas inconstitucionales*, Documento de trabajo núm. 132, Derecho Fiscal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 9 y ss. En este estudio, la autora documenta que la iniciativas presentadas por los grupos parlamentarios PRI y PAN planteaban una responsabilidad objetiva del Estado mucho más amplia de la plasmada en el texto constitucional vigente, “sin embargo, en el debate parlamentario no se introdujo a cabalidad la responsabilidad patrimonial del Estado en todos los elementos configuradores, ya que se argumentó la ‘cuestión de operatividad’ y el ‘transcurso del tiempo’”. *Ibidem*, pp. 14 y 15. Por estas razones, propone revitalizar el párrafo segundo del artículo 113 constitucional para darle mayor alcance y ámbito de protección para los gobernados, sugiriendo quitar “el candado de la irregularidad de la actividad administrativa, además de sumar los supuestos de responsabilidad patrimonial para actos legislativos y jurisdiccionales”, *ibidem*, p. 21.

cional, es evidente que los particulares tienen derecho a exigir todas las consecuencias que se deriven de la actuación del Estado, en las vías que se contemplen sin que pueda alegarse su incompatibilidad”.<sup>380</sup>

Las consideraciones vertidas en esta interesante tesis nos llevan a recordar el criterio interpretativo de la maximización de los derechos fundamentales o principio *pro homine*,<sup>381</sup> que exige al juez interpretar las disposiciones en el sentido más amplio posible respecto de un derecho fundamental, con lo cual, en caso de oscuridad o duda, debe optar por interpretar extensivamente las normas y resolver en favor del derecho fundamental, no de su restricción. En sentido negativo, implica que cualquier limitante a un derecho fundamental debe interpretarse restrictivamente, valorando cautelosamente la proporción que guarda la limitación del derecho frente al bien jurídico tutelado que se pretende proteger con ella.

Lo antes expuesto hace pensar que es dable abrir una pequeña posibilidad de establecer vía legislativa una acción de responsabilidad patrimonial del Estado derivada de leyes tributarias declaradas inconstitucionales,<sup>382</sup> opinión que suscribimos y que creemos podría hacerse extensible, incluso, al campo de las omisiones legislativas.

Es así que, a partir de la doctrina de la responsabilidad del Estado legislador<sup>383</sup> que, dicho sea de paso, ha tenido un amplio

<sup>380</sup> Véase la tesis aislada de rubro: “RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL ESTABLECE UN DERECHO SUSTANTIVO QUE PUEDE SER AMPLIADO POR EL LEGISLADOR ORDINARIO”, tesis: 1a. LIV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXIX, Novena Época, abril de 2009, p. 590.

<sup>381</sup> Un buen ejemplo de este criterio interpretativo lo representó el controversial caso del poeta de la bandera, Sergio Witz, en el que los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan Silva Meza hicieron una interpretación *pro homine* respecto del derecho fundamental a la libertad de expresión.

<sup>382</sup> Ríos Granados, Gabriela, *op.cit.*, nota 378, p. 14.

<sup>383</sup> En torno al tema se han producido numerosos estudios, dentro de los que podemos citar los siguientes: Jinesta Lobo, Ernesto, “Responsabilidad del Estado legislador”, consultable en: [www.ernesto.jinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art%20rev/articulo%20revista%20resp%20estado%20legislador.pdf](http://www.ernesto.jinesta.com/ernesto%20jinesta/curriculum%20y%20art%20rev/articulo%20revista%20resp%20estado%20legislador.pdf), fecha de consulta: 28 de abril de 2009; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “La teoría de la

desarrollo en otros sistemas jurídicos,<sup>384</sup> consideramos podría

responsabilidad del Estado legislador”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 68, 1972. [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1972\\_068\\_057.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1972_068_057.pdf), fecha de consulta 8 de abril de 2009; Pia Larné, María, “Intento de comparación entre los modelos alemán, francés y español de responsabilidad del Estado: ¿Existe una responsabilidad del legislador?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LVIII, núm. 249, Enero-Junio, 2008; Garrido Falla, Fernando, “Sobre la responsabilidad del Estado Legislador”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, España, núm. 118, enero-abril, 1989. [www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas/1/1989\\_118\\_035.pdf](http://www.cepc.es/rap/publicaciones/revistas/1/1989_118_035.pdf), fecha de consulta 28 de abril de 2009; Astillero Fuentes, Manuel Jesús, “La responsabilidad del ‘Estado-legislador’”, Madrid, España, [www.iberforomadrid.com/descargas/revista/rev\\_01\\_02\\_c.pdf](http://www.iberforomadrid.com/descargas/revista/rev_01_02_c.pdf), fecha de consulta 8 de abril de 2009; González-Varas Ibáñez, Santiago, “Responsabilidad del Estado legislador: pautas de la jurisprudencia para determinar la aplicación del artículo 199.3 de la Ley 30/1992”, *CIVITAS. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 104, octubre-diciembre, 1999; López Menudo, Francisco *et al.*, *La responsabilidad patrimonial del los poderes públicos*, Valladolid, Lex Nova, 2005, en especial pp. 301 a 338; y, García de Enterría, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, *cit.*, nota 343. Del mismo autor los siguientes artículos: “A vueltas con la responsabilidad del Estado legislador: las sentencias del Tribunal Supremo del 11 de octubre de 1991 y del 5 de marzo de 1993”, *CIVITAS. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 81, enero-marzo, 1994 y; “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en la nueva ley 30/1992 y en la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de noviembre de 1992”, *CIVITAS. Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 77, enero-marzo, 1993.

<sup>384</sup> En Francia esta doctrina se sustenta en el principio general de igualdad ante las cargas públicas y surge con motivo del principio de indemnización a particulares, derivado de la expropiación por causa de utilidad pública. Es así que a principios del Siglo XX, Duguit, reconocido como “el padre de la doctrina general” de una responsabilidad por hecho de las leyes, plantea la viabilidad de exigir judicialmente responsabilidad al Estado por actos legislativos, siempre que la ley infringiera el principio de igualdad ante las cargas públicas o causara un sacrificio especial. *Cf.* García de Enterría, Eduardo, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador...*, *cit.*, nota 343, p. 19. Posteriormente, la jurisprudencia francesa decantada a partir del caso *La Fleurette*, que representó el primer asunto en que se fincó responsabilidad y resarcimiento pecuniario, indica que sólo es posible declarar la responsabilidad patrimonial del legislador únicamente si se puede interpretar como implícita la voluntad indemnizatoria; es decir, es la voluntad del legislador la que debe ser interpretada por el juez, cuestión que llevó a Broylelle a señalar que “la responsabilidad no se funda en el principio de igualdad ante las cargas públicas. Reposa enteramente sobre condiciones que se refieren a la voluntad del legislador”. Citado por *Idem*. Años después, la doctri-

abrirse la posibilidad de reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado por los actos de carácter negativo declarados inconstitucionales en que incurran los órganos legislativos; específicamente por las omisiones legislativas, ya sea de la Federación, de las entidades federativas o del Distrito Federal. Lógicamente aceptar la procedencia de esta vía requeriría de sentencias condenatorias con efectos relativos en las que el órgano judicial intime al legislador al cumplimiento de su fallo y, ante su renuencia a hacerlo, al pago de una indemnización por el silencio de la ley a los contribuyentes ubicados en esta circunstancia, permitiéndoles solicitar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su respectiva reparación económica.<sup>385</sup>

En Europa, inicialmente la alemana y posteriormente la española, intentaron encuadrar la responsabilidad del legislador bajo el principio de protección de la confianza legítima, desprendido del principio de seguridad jurídica. No obstante, tras un estudio de la jurisprudencia constitucional, García de Enterría demuestra que este principio de la confianza nunca ha determinado, ni en Alemania, ni en España, una responsabilidad patrimonial por leyes formales para declarar su inconstitucionalidad por la ausencia en sus determinaciones de una reparación patrimonial de los perjuicios económicos que violación de tal principio pudieren proceder. *Op.cit.*, nota 343, pp. 29 y 34. Manuel Astillero señala que en España el análisis del régimen jurídico de la responsabilidad del Estado-legislador ha pasado por una diferenciación entre actos legislativos de naturaleza expropiatoria y de naturaleza no expropiatoria, donde los primeros son una privación o supresión del contenido esencial del derecho y los segundos son todos los demás. Astillero Fuentes, Manuel Jesús, “La responsabilidad del Estado-legislador”, *cit.*, nota 382, p. 2. En Italia, los actos legislativos sólo son resarcibles por hecho ilícito que cause un daño injusto; es decir, cuando el Tribunal Constitucional los declara inválidos por infracción de normas constitucionales. García de Enterría, *op.cit.*, nota 343, pp. 164-171. Por su parte, en Estados Unidos impera la regla de la inmunidad de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, y aún de sus agentes, salvo consentimiento expreso del propio poder. De allí, que la figura de la responsabilidad del legislador sólo procede a partir de que una ley sea calificada de expropiatoria (*taking*), cuya justa compensación pretenda excluir. *Ibidem*, p. 159.

<sup>385</sup> En la inteligencia de Jinesta Lobo, “el daño no se puede entender reparado con la simple desaplicación de la ley que ha sido declarada nula, puesto que, ello atentaría contra los principios de intangibilidad relativa del patrimonio y del enriquecimiento sin causa. [...] vasta que el daño sea cierto, efectivo y evaluable...para que proceda el deber de resarcimiento. Jinesta Lobo, Ernesto, “Responsabilidad del Estado legislador”, *cit.*, nota 382, p. 18.

De ser así, se abriría el camino al grupo de contribuyentes arbitrariamente excluidos del beneficio de la ley, para reclamar su derecho a un trato fiscal igualitario y, en su caso, para obtener el respectivo resarcimiento pecuniario del daño ocasionado, tras efectivamente demostrar ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, un perjuicio personal y directo derivado de su exclusión en el beneficio de la ley declarada inconstitucional; probando que se trata de un perjuicio real y no de una mera expectativa de derechos; acreditando que el daño sea concreto, económico e individualizable. De acuerdo con Jinesta Lobo, en el caso de la responsabilidad del Estado por omisiones legislativas, “la responsabilidad que se produce es por un funcionamiento anormal, dado que la inercia se traduce en una actuación material omisiva, por lo que es suficiente con que el daño sea efectivo evaluable e individualizable con relación a una persona o grupo”.<sup>386</sup>

En estos casos la medición del cuántum indemnizatorio es una tarea delicada que debe operar bajo parámetros razonables,<sup>387</sup> pero sobre todo posibles, pues también debe reconocerse que es inaceptable gravar al Estado con indemnizaciones que supongan la ruina del erario, porque a diferencia de lo que ocurre con la devolución de impuestos por leyes tributarias declaradas inconstitucionales, los montos indemnizables que llegasen a proceder por omisiones legislativas no necesariamente provendrían del patrimonio del contribuyente; sino sólo en la medida en que no participar del beneficio de la ley mermó su capacidad contributiva subjetiva, lo que implica que el daño a resarcir deba ponderarse en razón a lo que aproximadamente el contribuyente hubiera economizado si hubiese gozado del beneficio fiscal, llámese exención, deducción, minoración, etcétera

<sup>386</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>387</sup> De acuerdo con Ernesto Jinesta, el juez contencioso-administrativo “deberá ser muy prudente —utilizando las reglas de la sana crítica racional y los principios generales del derecho como el de razonabilidad y el de proporcionalidad— para determinar, casuísticamente, si el daño, por lo términos de la ley, es individualizable o determinable”. *Ibidem*, pp. 18 y 19.

Interesa resaltar que para Lago Montero<sup>388</sup> la acción de responsabilidad patrimonial del Estado legislador o reglamentador debe ser de carácter netamente subsidiaria en materia tributaria, por lo que sólo cabe acudir a ella cuando no existe otra forma de obtener la reparación del daño a través de los procedimientos administrativos tributarios. Esto significa que sólo procede una vez que se hayan agotado todos los medios de defensa ordinaria (recurso de revocación, juicio contencioso administrativo, juicio de garantías, etcétera); o bien, cuando se haya obtenido una sentencia firme con anterioridad a la sentencia que declara nula la norma tributaria, escenario para el que la propia declaratoria de inconstitucionalidad (en caso de ser de eficacia prospectiva) debe abrir un plazo para el ejercicio de la acción contra las fallos que hayan adquirido el carácter de cosa juzgada.

De admitir la procedencia de esta acción en el ordenamiento jurídico mexicano, dada su naturaleza supletoria, su regulación debe regirse por el derecho procesal administrativo y no por el derecho procesal fiscal. Esto es así porque, compartiendo también aquí la opinión del autor, la acción de responsabilidad patrimonial buscaría obtener, para el caso nos ocupa, ya no la devolución de los tributos ilegítimos ingresados indebidamente al fisco con motivo de la exclusión arbitraria de beneficio de la ley declarada inconstitucional, sino la reparación del daño patrimonial ocasionado a los contribuyentes que, no teniendo la obligación de soportar semejante carga económica, pagaron de buena fe un tributo que resultó inconstitucional, razón por la que el Estado debe indemnizarlos en la forma que les corresponda.

Como se ha expresado, esta sólo es una propuesta cuya implementación en el mundo fáctico tiene muchas interrogantes que responder, pero al menos se ha querido bosquejar la idea.

<sup>388</sup> Lago Montero, José María, “Procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado legislador en materia tributaria”, *Systemas. Revista de Ciencias Jurídicas y Económicas*, Madrid, año 1, núm. 2, <http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/viewFile/19/20>, fecha de consulta 7 de agosto de 2010, pp. 26 y 27.

Finalmente, ampliar la cobertura de la responsabilidad patrimonial del Estado hacia los actos y omisiones de la función legislativa es una decisión discrecional que depende, precisamente, de la entera voluntad del legislador ordinario local quien, por cierto, a la fecha ni siquiera ha terminado de expedir la legislación específica en sus respectivos ámbitos de competencia,<sup>389</sup> ya que de los treinta y un estados que componen la República Mexicana, actualmente nada más son nueve los que cuentan con legislación vigente en materia de responsabilidad patrimonial,<sup>390</sup> otros once sólo tienen iniciativas de ley en proceso<sup>391</sup> y los once restantes carecen de regulación alguna en esta materia;<sup>392</sup> panorama que, irónicamente, exhibe más de una veintena de omisiones legislativas en el ámbito estatal y contrasta radicalmente con la literatura comparada, en la que las referencias jurisprudenciales han reconocido que “la omisión legal expresa sobre responsabilidad patrimonial, no impedirá la correspondiente indemnización siempre que se demuestre que la norma procedente del Poder Legislativo supone para sus concretos destinatarios un sacrificio patrimonial de carácter especial”.<sup>393</sup>

<sup>389</sup> Desde la entrada en vigor de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial en enero de 2005 se construyó a las Legislaturas de los estados de la República y a la Asamblea del Distrito Federal a expedir la legislación específica en sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, dicho encargo al legislador ordinario local no se ha satisfecho del todo, pues sólo algunas entidades federativas y el Distrito Federal han cumplido con este mandato constitucional. Al respecto puede confrontarse el estudio que sobre legislación local mexicana en materia de responsabilidad patrimonial del Estado viene anexo en Ríos Granados, *op.cit.*, nota 378, pp. 25 y 26.

<sup>390</sup> A saber: Baja California, Baja California Sur, Colima, Distrito Federal, Guanajuato, Jalisco, Nayarit, Tamaulipas y Veracruz.

<sup>391</sup> Entre los estados con iniciativas de ley pendientes de aprobación se encuentran: Aguascalientes, Guerrero, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Sinaloa, Sonora, Tlaxcala y Yucatán.

<sup>392</sup> Las entidades federativas sin legislación específica son: Campeche, Chihuahua, Chiapas, Coahuila, Durango, Hidalgo, Estado De México, Oaxaca, Quintana Roo, Tabasco y Zacatecas.

<sup>393</sup> Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de abril de 1997, citada por Checa, Clemente, “La responsabilidad patrimonial de la administración pública

De acuerdo con Santamaría Pastor, “las insuficiencias del ordenamiento escrito han obligado a jueces y científicos a un ejemplar esfuerzo constructivo para ensanchar los caminos de la garantía patrimonial”.<sup>394</sup> Tal vez a partir de allí se explique el notable avance de ciertos países europeos en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

Mientras tanto, en México, nos parece impensable que el ejercicio del poder normativo tributario no comprometa la responsabilidad pecuniaria del Estado cuando su actuación vulnera la igualdad tributaria material al ocasionar un perjuicio directo al patrimonio del contribuyente excluido arbitrariamente del beneficio de la ley declarada inconstitucional; situación que es merecedora de plantear la implementación de límites constitucionales efectivos al actuar irregular del Poder Legislativo; pues como sostiene Jinesta Lobo, “cuando se declara inconstitucional una ley por quebrantar un principio, valor o precepto referidos a las garantías individuales o sociales es claro que puede existir una lesión antijurídica evaluable, indemnizable y efectiva”.<sup>395</sup>

En este sentido, el derecho a la indemnización por el silencio de la ley no parece algo desatinado; sino que, por el contrario, se ha empezado a concebir como una medida válida de ejecución indirecta no sustitutiva ante la imposibilidad de ejecución forzosa de las sentencias jurisdiccionales derivadas de omisiones legislativas inconstitucionales. Prueba de ello se aprecia en la Constitución de la Provincia de Río Negro, Argentina, cuyo artículo 207, fracción d, faculta al Superior Tribunal de Justicia para conocer de “las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios”, por lo que si la sentencia que obliga a legislar es incumplida, el juez puede integrar el orden normativo en el caso en concreto. Y de no ser

con fundamento en la declaración de inconstitucionalidad de una ley”, *Ius et Praxis. Derecho en la región*, Talca, año 10, núm. 1, 2004, pp. 53 y 54.

<sup>394</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “La teoría de la responsabilidad del Estado legislador”, *cit.*, nota 382, p. 69.

<sup>395</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, *op.cit.*, nota 382, p. 20.

posible subsanar la omisión, determina el monto del resarcimiento de acuerdo al perjuicio indemnizable que acredite el sujeto lesionado por la inactividad legislativa.<sup>396</sup>

Nestor Sagüés, quien participó en la confección de esta norma, apunta que, a pesar de que en el debate legislativo se cuestionó “si la dura sanción patrimonial... no produciría a su vez serios compromisos económicos para el tesoro provincial... predominó más la idea de realizar, por medio de la Constitución, una verdadera lección de Estado de derecho”.<sup>397</sup> Como se puede valorar,

<sup>396</sup> Respecto de la regulación de la inconstitucionalidad por omisión legislativa en la provincia de Río Negro, Néstor Sagüés identifica los siguientes rasgos esenciales: 1) El órgano competente para conocer de la acción es el Superior Tribunal de Justicia; 2) Se instaura ante la ausencia de normas exigidas por la Constitución que impliquen un “deber concreto” para el legislador; 3) Para que proceda la acción debe existir “incumplimiento” por parte del órgano que debió dictar la norma. El artículo 22 de la Constitución de Río Negro dispone plazos que van desde sesenta días hasta cinco años para que el órgano legislativo emita las normas de desarrollo que le son requeridas constitucionalmente. Una vez que han fenecido, se está en posibilidad de interponer la acción. Si no se especifica plazo alguno, el Superior Tribunal debe considerar si ha vencido o no un plazo razonable para expedir la norma y; 4) Actualizada la mora legislativa el Superior Tribunal fija un plazo para que la omisión sea colmada. En caso contrario, él mismo integra el orden normativo pero sólo con efectos para el caso en concreto. De no ser posible subsanar la omisión, determina el monto del resarcimiento de acuerdo al perjuicio indemnizable que se acredite. Para mayor profusión: Sagüés, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, *cit.*, nota 73, pp. 111-117. Por otro lado, Casal critica esta regulación argentina de la acción de inconstitucionalidad por omisión, pues para él “es obvio que no cabría admitir un pronunciamiento indemnizatorio, por ser extraño al objeto de la acción, ni una integración en el caso particular, dado el carácter abstracto de la acción. Las reclamaciones indemnizatorias originadas en silencios legislativos pueden hacerse valer, pero según las reglas sustantivas y procesales de la responsabilidad patrimonial del Estado”. Casal H., Jesús M., *op. cit.*, nota 27, p. 81. Por nuestra creemos que, precisamente, el acierto de esta regulación reside en añadir, a la acción de inconstitucionalidad por omisión, la responsabilidad patrimonial del Estado-legislador ante el posible fracaso que derive del control constitucional que realice el órgano judicial al no poder efectivizar las normas.

<sup>397</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, *cit.*, nota 73, pp. 110.

en este precepto se conjugan dos figuras totalmente distintas (la inconstitucionalidad por omisión y la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de ella), pero con un mismo fin: hacer judicialmente efectivos los preceptos constitucionales.

En nuestro país, la Constitución de Tlaxcala pareciera admitir esta posibilidad al disponer en su artículo 81 que “el incumplimiento de la sentencia será motivo de responsabilidad”, sin embargo, no establece las formas en que operará la misma, ni se compromete a resarcir pecuniariamente el daño a los afectados en caso de presentarse inobservancia de la sentencia por parte del cuerpo legislativo. Con la misma duda nos deja el artículo 91 de la Ley de Justicia Constitucional del Estado de Querétaro, el cual establece que “sin perjuicio de la responsabilidad en que la [legislatura] incurra... el Pleno del Tribunal Superior de Justicia dictará la regulación a que deba sujetarse el ejercicio del derecho o atribución reconocido en sentencia, hasta en tanto no se expida la ley local respectiva.”

Francamente la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa es un tema poco estudiado en nuestro país,<sup>398</sup> por no decir un terreno baldío, pero que ya se ha dado en otras latitudes, al menos en el derecho comunitario europeo a raíz de la falta de trasposición de la normativa comunitaria. Al respecto, ciertos autores<sup>399</sup> demuestran que el hito fundamental fue mar-

<sup>398</sup> De hecho, la única doctrinaria que aborda el tema en nuestro país y que, incluso, sugiere su adopción en México ante la inconstitucionalidad por omisión legislativa es Laura Rangel Hernández. *Op. cit.*, nota 6, pp. 189-198, en especial 342 y 345 a 347.

<sup>399</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, *op.cit.*, nota 382, p. 24; Fernández Martínez, José Ma., “El principio de responsabilidad del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho Comunitario. Evolución jurisprudencial reciente”, *Revista de Administración Pública*, España, [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE\\_023\\_002\\_117.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_023_002_117.pdf), fecha de consulta 20 de marzo de 2010., p. 505; y Alonso García, R., “Actividad judicial v. Inactividad normativa (El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al déficit normativo de las Instituciones y los Estados miembros)”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 151, enero-abril, 2000, pp. 121 y 122.

cado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea —Tribunal de Luxemburgo— del 19 de noviembre de 1991 al resolver los casos de Andrea Francovich y Danila Bonifaci (asuntos acumulados C-6/90 y 9/90), en la que se reconoció la responsabilidad del Estado italiano por no haber incorporado a su ordenamiento jurídico interno la Directiva del Consejo de Europa 80/987 del 29 de octubre de 1980, en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de sus empresas, por lo que se le condenó a otorgar indemnización a los recurrentes.<sup>400</sup>

En sentido similar se encuentra la Sentencia *Brasserie du pêcheur et Factortame III* (Cervecería del pescador) contra la República Federal de Alemania, dictada el 5 de marzo de 1996 por el TJCE, recaída a los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, en la que se estableció la responsabilidad del Estado Alemán por la omisión del Poder Legislativo al no abrogar la Ley Fiscal Sobre

<sup>400</sup> Brevemente, los hechos fueron los siguientes: La Directiva 80/987 disponía que en caso de insolvencia del empresario los trabajadores tenían derecho a cobrar sus salarios impagados, estableciendo como fecha límite de transposición el 23 de octubre de 1993. Ubicadas en el supuesto de hecho de la Directiva, Francovich y Bonifaci presentan demanda contra la República Italiana en la que solicitaban, habida cuenta de la obligación que le incumbía de aplicar la directiva, que se le condenase a pagarles los créditos que les correspondían en concepto de atrasos de salarios o, con carácter subsidiario, a pagarles una indemnización. A su vez, los órganos jurisdiccionales nacionales plantean la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, que acumula las dos cuestiones y determina que el Estado está obligado a indemnizar a los particulares por incumplimiento del derecho comunitario al no transponer la directiva, señalando tres requisitos para que surja el derecho a la indemnización: 1) Que la directiva atribuya un derecho al particular; 2) Que el contenido de ese derecho pueda ser identificable basándose en las disposiciones de la directiva; y 3) Que exista causa-efecto entre el incumplimiento de la obligación del Estado y el daño que sufre el particular. Finalmente, el tribunal señala que corresponde a los órganos judiciales de los estados miembros regular las medidas procesales para pedir la responsabilidad al estado, y que además, esas medidas no deberán hacer excesivamente complicada la obtención de la reparación económica. Véase: Sentencia del Tribunal de Justicia del 19 de noviembre de 1991, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:6199070006:ES:HTML>, fecha de consulta 20 de marzo de 2010.

la Cerveza (*Biersteuergesetz*), la cual incumplía ciertas normas de derecho comunitario, por lo que se le condenó a reparar el daño ocasionado a una empresa cervecera francesa.<sup>401</sup>

Por otro lado, también es destacable citar el tratamiento que se ha decantado sobre la responsabilidad patrimonial del legislador en la casuística colombiana. Ejemplo de ello es la sentencia C-038 dictada por la Sala Plena de la Corte Constitucional el 10. de febrero de 2006, por la que se resolvió la demanda de inconstitucionalidad promovida en contra del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo. A juicio del actor, el legislador al regular en el contenido de esta norma la acción de reparación directa, incurrió en omisión al no incluir expresamente, entre los supuestos que dan lugar a la interposición de dicho remedio procesal, la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador; por lo que tal omisión devenía inconstitucional a la luz del artículo 90 constitucional, que dispone la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano por todos los daños antijurídicos que le sean imputables, originados en la acción u omisión de cualquier autoridad pública, término genérico que incluye al Poder Legislativo.

Lo interesante en este caso es que la Corte Constitucional Colombiana, tras realizar una loable interpretación adecuada, sostuvo que el precepto demandado era susceptible de una segunda lectura que permitía adecuarlo al mandato del artículo 90 constitucional, ya que las expresiones “hecho” y “omisión” no se restringen a la autoridad administrativa, sino que incluyen la actuación de los órganos del Estado que cumplen funciones legislativas.<sup>402</sup>

<sup>401</sup> Fernández Martínez, José Ma., “El principio de responsabilidad del Estado por daños causados por el incumplimiento de las normas de Derecho Comunitario. Evolución jurisprudencial reciente”, *cit.*, nota 398, pp. 507 y ss.

<sup>402</sup> Al resolver la Corte expresó: “[...] la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado social de derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento

En este contexto, la experiencia comparada nos permite advertir que la responsabilidad patrimonial del Estado por actos y omisiones legislativas no es algo utópico. Inclusive, esta reflexión ya ha empezado a ser analizada por la doctrina nacional, en específico por Rangel Hernández, quien considera indispensable enmendar la fracción II del artículo 105 constitucional para introducir expresamente en su texto la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa;<sup>403</sup> así como adherir al artículo 1o.

jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual como se ha reiterado a los largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución. Por lo tanto determinar el régimen particular de la responsabilidad del Estado legislador, o si se prefiere los títulos de imputación del daño antijurídico a la actuación u omisión del Congreso de la República, es una tarea que en todo caso corresponde precisar al propio Legislador en ejercicio de su potestad configuradora y a la jurisprudencia contencioso administrativa, como juez especializado en la materia.” Sentencia C-038/06, expediente D-5839, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 (parcial) del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, demandante: Félix Hoyos Lemus, magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., 1o. de febrero de 2006, consultada en: <http://www.avancejuridico.com/actualidad/ultimassentencias/C-038-06.html>, fecha de consulta, 31 de marzo de 2010.

<sup>403</sup> Rangel Hernández, *op.cit.*, nota 6, pp. 334 y ss. El origen de su propuesta parte de su firme convicción de que el recelo de la Corte a la supuesta usurpación de funciones legislativas será un miedo insuperable, razón por la sugiere introducir en México la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa a nivel federal. De acuerdo con la experta: “con ello se resolverían los casos en los que el legislador ordinario ha omitido dictar leyes de desarrollo constitucional, o lo ha hecho en forma incompleta, o bien cuando no ha procedido a adecuar la legislación secundaria a una reforma constitucional, o sancionar una nueva ley cuando la carta magna expresamente ordene su expedición”. *Ibidem*,

constitucional la consigna de que toda la gama de derechos, garantías y principios reconocidos en la Constitución serán directamente aplicables por toda autoridad, sin requerir de reglamentación secundaria que los concretice, por lo que no podrá justificarse su violación en la ausencia legislativa.<sup>404</sup>

p. 327. No obstante, su proposición sugiere una acción de tipo restringido, en el sentido de que sólo proceda contra las omisiones atribuidas al Poder Legislativo, dejando fuera las que pudieran provenir del poder Ejecutivo. *Ibidem*, p. 333. Esta propuesta de reforma al artículo 105 constitucional con miras de implementar la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa a nivel federal también es sugerida por Cruz, Elizabeth, “El control constitucional de la omisión legislativa en México”, *Jurípolis. Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho*, México, vol. 1, núm. 9, 2009, pp. 70-73. En este sentido, las voces de estas dos autoras mexicanas dan prueba de la inquietud de la doctrina nacional por resolver la problemática que las omisiones legislativas acarrearán en nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>404</sup> *Ibidem*, p. 344. La autora reconoce recoger esta cláusula de compulsión constitucional de los textos fundamentales de Ecuador, Paraguay y Bolivia. No obstante, esta consigna constitucional parece ser mucho más antañona de lo que aparenta, inclusive, es muy similar a la contenida en el texto constitucional de la República Federal de Alemania, cuyo artículo 1.3 dispone que: “Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”. De hecho, gracias a la interpretación jurisprudencial de esta norma el Tribunal Constitucional Alemán ha desprendido la obligación del legislador de desarrollar los derechos fundamentales; por lo que, a pesar de carecer de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa reconocida expresamente a nivel federal, el Tribunal Constitucional ha ideado diversas técnicas para controlar los vacíos legislativos que pudieren acaecer. En este sentido, ha admitido el recurso de *Verfassungsvorwerf* o “queja constitucional” para reclamar la vulneración derechos fundamentales frente a las omisiones del legislador; siendo el fallo de la Corte de 29 de Enero de 1969 el que allanó el camino para permitir a los tribunales atribuir eficacia plena a las normas programáticas pese a no existir la legislación respectiva, lo que dio lugar al famoso *konkretisierung* o “proceso de concretización de normas”. El caso en cuestión giró en torno a la falta de plenitud del artículo sexto constitucional que imponía a la legislación la obligación de crear y garantizar a los hijos ilegítimos las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social de las que gozaban los legítimos. En vista de que el encargo había pasado inadvertido a los ojos del legislador ordinario alemán durante veinte años; la Corte asignó plena eficacia al precepto, considerándolo directamente aplicable al caso. Para una mayor referencia sobre este asunto: Frisch Philipp, Walter y Torres Eyra, Sergio, “Inconstitucionalidad de las

Sin embargo, lo que resulta más encomiable es que propone adicionar, a la regulación de esta acción, la responsabilidad patrimonial del Estado como una sanción al eventual incumplimiento de la sentencia que conmine al cuerpo legislativo a la expedición de las disposiciones generales omitidas.<sup>405</sup> Para ello, considera necesario reformar diversos preceptos de la LFRPE; entre ellos el artículo 1o. para incluir la hipótesis de procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la inconstitucionalidad por omisión legislativa, declarando que la responsabilidad del Poder Legislativo es conjunta, de modo que será al cuerpo colectivo a quien se condene al pago de la indemnización respectiva, pudiendo repetir en contra de los legisladores individualmente considerados en las proporciones que correspondan.<sup>406</sup>

Igualmente, sugiere adicionar un párrafo al artículo 22 (referente a la forma en que ha de probarse la responsabilidad del Estado), para establecer que la responsabilidad derivada de la

omisiones legislativas en Alemania Occidental y en México”, *El Foro*, México, quinta época, núm. 18, abril, junio, 1970, pp. 46 y ss., sobretiro (pp. 45-68). Como se demuestra, esta idea de la “aplicabilidad directa de las normas aún ante la ausencia legislativa” ha sido empleada satisfactoriamente por el Tribunal Alemán desde hace más de cuarenta años, razón que incita a su reconocimiento en el texto constitucional mexicano y a su posterior empleo en la práctica forense de las omisiones legislativas.

<sup>405</sup> Rangel Hernández, *op.cit.*, nota 6, p. 342.

<sup>406</sup> *Ibidem*, p. 346. Por su parte, Urosa Maggi apunta que, ante la ausencia de ejecución voluntaria de las sentencias que exhortan a legislar, también es viable adoptar medidas coercitivas de cumplimiento indirecto que actúen sobre la voluntad del ejecutado para persuadirlo a realizar la prestación a la que está obligado, fincando la responsabilidad patrimonial de los funcionarios del Poder Legislativo mediante “la imposición de multas o ‘astreintes’... coercitivas y reiteradas a las autoridades o órganos obligados, dirigidas a lograr la efectividad de lo mandado”. Según la autora, en el derecho venezolano la imposición de este tipo de sanciones es parcialmente procedente, ya que de acuerdo al artículo 23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal puede sancionar con multa que oscila entre el equivalente de mil a tres mil unidades tributarias a los funcionarios del poder público que, estando obligado a hacerlo, no acaten sus órdenes. Urosa Maggi, Daniela, “Control judicial de las omisiones legislativas a la luz de la jurisprudencia constitucional”, *cit.*, nota 121, pp. 22 y 23.

inconstitucionalidad por omisión legislativa no requiere más prueba que la copia certificada de la resolución de la SCJN que decrete la omisión y la acreditación de que la misma ha causado perjuicio patrimonial al afectado, aunado a la certificación que haga el TFJFA de que ha transcurrido el plazo concedido a la autoridad omisa para expedir las disposiciones omitidas sin que se haya hecho.<sup>407</sup> Y aunque omite referirse a la forma en que pudieran calcularse los montos indemnizables derivados de omisiones legislativas,<sup>408</sup> su proposición invita a la reflexión y debate.

De aceptarse esta reforma e introducirse la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en estas condiciones, se podría legitimar, incluso, al procurador de la Defensa del Contribuyente para interponer la acción y vigilar el cumplimiento de los fallos o, en su caso, la procedencia de las indemnizaciones respectivas.<sup>409</sup> A través de él, podría facilitarse en buena medida el derecho de acceso a la justicia a las categorías o grupos de contribuyentes afectados por la omisión legislativa.

Finalmente, queda claro que los preceptos constitucionales deben ser aplicables y exigibles judicialmente,<sup>410</sup> pero como bien apunta Ahumada Ruíz, “el problema del control constitucional de las omisiones del legislador encuentra dos dificultades hasta ahora insuperables: cuál deba ser la sanción de una omisión legislativa y cómo se puede instrumentar la imposición de la obli-

<sup>407</sup> Rangel Hernández, *op.cit.*, nota 6, pp. 346 y 347.

<sup>408</sup> Al respecto sólo expresa: “también sería conveniente que en el artículo 114, que establece la forma de calcular los montos de las indemnizaciones, se adicionara una fracción IV que se refiera a la hipótesis de los daños causados a aquellos gobernados que han soportado algún perjuicio de tipo patrimonial como consecuencia de la omisión legislativa”. *Ibidem*, p. 346.

<sup>409</sup> La autora sugiere que la legitimación para interponer la acción sea de forma semi-restringida, facultándose a antes del poder público como el Ejecutivo federal, los gobernadores de los estados, el jefe de Gobierno del Distrito Federal, los municipios y los jefes delegacionales del D. F., así como a los organismos de orden federal, estatal y del D. F. protectores de los derechos humanos, en sus respectivos ámbitos de competencia, y el procurador general de la República. *Ibidem*, p. 336.

<sup>410</sup> Bazán, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, *cit.*, nota 33, p. 44.

gación de legislar...Prever un control desprovisto de sanción no parece el remedio más eficaz”.<sup>411</sup>

Por ello, creemos que a partir de la responsabilidad patrimonial del Estado se podría articular en nuestro país un medio de cumplimiento, por lo menos indirecto, ante las omisiones legislativas.<sup>412</sup>

<sup>411</sup> Ahumada Ruíz, Ma. Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *cit.*, nota 86, p. 169.

<sup>412</sup> Fernández Rodríguez, *La inconstitucionalidad por omisión*, *cit.*, nota 1, pp. 197 y 198. El autor afirma textualmente que “en la articulación práctica del instituto de la inconstitucionalidad por omisión podría tener cabida una responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados con la inactividad legislativa. Con ello se complementaría el esquema de la responsabilidad del Estado en cuanto legislador allí donde semejante responsabilidad se admitiese”.